

# Reflexões acerca da ideia de Sistema na Ciência do Direito

Eva Dias Costa<sup>1</sup>

## Resumo

A atividade de interpretação decorre da própria necessidade de aplicação da lei. A missão do intérprete, aplicador do Direito, é construir conteúdos de sentidos, ou significações, a partir dos dispositivos legais, com a aplicação do Direito aos casos concretos.

Contudo, não se pode ignorar que as normas só atingem o seu conteúdo em harmonia com as demais normas se for tomada em consideração a relação sistemática que entre elas existe.

A metodologia jurídica parte, nos seus postulados, da existência fundamental da unidade do Direito (indício da ideia de sistema), como se comprova, por exemplo, pela regra da interpretação sistemática ou pela pesquisa dos princípios gerais de Direito. O que, aliás, evita o casuísmo ao estabelecer os limites da interpretação provenientes da comparação entre os textos normativos. O intérprete não só constrói, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso.

Por força das concepções racionalistas, dominantes nos séculos XVII e XVIII, nas quais preponderava a valoração da lei como expressão máxima do Direito, não havia preocupações com a interpretação.

Considerada a lei clara e precisa, de modo a prever todos os conflitos humanos, restava ao juiz a função de aplicá-la, sem qualquer valoração, como se de uma tarefa mecânica se tratasse – *in claris non fit interpretatio*.

A metodologia de uma ciência é a sua reflexão sobre a própria atividade. Não pretende apenas descrever os métodos aplicados na ciência, mas compreendê-los, isto é, conhecer a sua necessidade, a sua justificação e os seus limites.

A necessidade e a justificação do método decorrem do significado, da especificidade estrutural do objeto que por meio dele deve ser elucidado. Não se pode, portanto, tratar da ciência do Direito sem simultaneamente tratar do próprio Direito.

**Palavras-chave:** Sistema; metodologia; ciência jurídica.

## Resumen

La actividad de interpretación se eleva de la propia necesidad de hacer cumplir la ley. La misión de la intérprete, aplicador de la ley, es de crear el contenido de los sentidos o significados, de las disposiciones legales, con la aplicación de la ley a casos concretos.

Sin embargo, no se puede ignorar que las reglas sólo llegan a su contenido en armonía con otras reglas si se tiene en cuenta la relación sistemática que existe entre ellos.

La metodología jurídica parte en sus postulados de la existencia de una unidad fundamental en el derecho (indicio de una idea de sistema), como lo

<sup>1</sup> Professora Assistente do Departamento de Direito; Investigadora do Instituto Jurídico Portualense; Coordenadora Departamental de Estágios.

demuestra, por ejemplo, la regla de la interpretación sistemática o la búsqueda de los principios generales del derecho. Lo que, de hecho, impide la casuística para establecer los límites de una interpretación que se eleva de la comparación entre los textos normativos. El intérprete no sólo construye pero reconstruye sentido, dada la existencia de significados implícitos en el uso del lenguaje contruidos en la comunidad de hablantes.

Bajo las concepciones racionalistas, dominante en los siglos XVII y XVIII, en el que predominaba la valoración de la ley como la más alta expresión del derecho, no quedaban preocupaciones con la interpretación. Considerada la ley clara y precisa con el fin de proveer a todos los conflictos humanos, quedaba al juez simplemente la tarea de su aplicación, sin ningún tipo de valoración, como si se tratara de una tarea mecánica – *in claris non fit interpretatio*.

La metodología de la ciencia es su reflexión sobre la propia actividad. No se pretende solamente describir los métodos utilizados en la ciencia, sino entenderlos, es decir, conocer sus necesidades, sus razones y sus límites.

La necesidad y la justificación del método de derivar el significado y la especificidad estructural del objeto a través de él deben ser aclaradas. Uno no puede, por tanto, tratar de la ciencia del derecho sin abordar simultáneamente la propia ley.

**Palabras-clave:** Sistemas; metodología; ciencia jurídica.

#### Abstract

202

The act of interpreting derives from the very necessity of enforcing the law. The mission of the interpreter, the applicator of the law, is to build a content of senses or meanings from the legal provisions, and to able to apply the law to specific cases.

However, one cannot ignore that rules only reach their full meaning and significance in harmony with other rules if one takes into account the systematic relationship that exists between them.

Legal methodology postulates the existence of a fundamental legal *system*, as evidenced by the rule of systematic interpretation or the search for general principles of law. The interpreter not only builds but reconstructs sense, given the existence of meanings embedded in the language use and built into the community.

Under rationalistic conceptions which prevailed in the seventeenth and eighteenth centuries, the *text* of the law was regarded as its' highest expression of the law, therefore there were no concerns with interpretation. The law was regarded to be clear and precise so as to provide for all human conflict, and the judge was left with the simple task of implementing it, without any valuation, as if it were a mechanical task – *in claris non fit interpretatio*.

The methodology of a science is a self-reflection. It is not intended only to describe the methods it uses, but also to understand them, that is to comprehend its' necessity, its' reasons and its' limits.

The need and justification for the method of deriving meaning must therefore be explained. One cannot deal with the *science of law* without simultaneously addressing the law itself.

**Keywords:** System; methodology; legal science.

## Metodologias da Ciência do Direito

Toda a metodologia do Direito se funda numa teoria do Direito ou implica-a, pelo menos, e apresenta um duplo rosto: um, voltado para a dogmática jurídica e outro, para a teoria do Direito e dessa forma, em última análise, para a filosofia do Direito. Nesta dupla direção reside a dificuldade da metodologia.

Enquanto tal, a metodologia é o estudo dos passos e da forma como se desenvolve o raciocínio e engloba, portanto, a análise de diversos pontos estruturais de uma teoria. Entre estes pontos está o *sistema* enquanto condição da cientificidade do pensamento: o sistema é responsável pela formação da unidade entre a pluralidade dos elementos que o compõem, proporcionando, desse modo, a simplificação e o controle da matéria.

Naturalmente, as suas diretrizes e características têm uma íntima conexão com as características do conteúdo que se vai sistematizar, pelo que há implicação recíproca, mas não dialética entre a forma do sistema e o objeto do sistema<sup>2</sup>.

Estas considerações não se furtam à sistematização própria da ciência do Direito, tendo em vista que as decisões e conclusões jurídicas devem ser, ao menos, objetiváveis, controláveis e racionais, ou seja, não arbitrárias, autoritárias ou excessivamente discricionárias, pelo que existe um dever de vinculação à objetividade, de fundamentação, que deve realizar-se na conformação do próprio sistema jurídico.

A objetividade não é, todavia, absoluta, é a própria das ciências do espírito, gradual e que só se obtém dentro de uma comunidade crítica<sup>3</sup>.

Segundo POPPER<sup>4</sup>, a objetividade da ciência repousa na objetividade do método crítico, o que significa, acima de tudo, que nenhuma teoria está isenta do ataque da crítica; e, mais ainda, que o instrumento principal da crítica lógica é objetivo.

A objetividade da ciência não é matéria dos cientistas individuais, antes o resultado das suas recíprocas críticas, da sua cooperação e também da sua competição. A pureza da ciência pura é um ideal presumidamente inalcançável; mas é um ideal para o qual se luta constantemente por intermédio da crítica<sup>5</sup>.

Logo, uma teoria é objetiva se consegue fundamentar as suas conclusões o mais racional e sistematicamente possível e se consegue responder aos problemas que lhe são postos. Quando a força explicativa dos seus argumentos não consegue levar a cabo tais tarefas, perde-se a sua objetividade.

No caso da ciência do Direito, é impossível fugir das valorações, o que se justifica pela própria natureza do Direito positivo, que, por meio de disposições explícitas, expressa preferências e, portanto, juízos de valor acerca das condutas humanas. Nesse sentido, valores indicam preferências, o que se reflete na regulação

<sup>2</sup> MONTEIRO, *Reflexões Metodológicas sobre a Ideia de Sistema na Ciência do Direito*.

<sup>3</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>4</sup> *In Lógica das Ciências Sociais*, p. 16.

<sup>5</sup> *Idem*, p. 23-28.

das condutas mediante proibições, obrigações ou permissões, que têm a ver com o conteúdo e com as consequências das condutas em apreço<sup>6</sup>.

De acordo com LARENZ<sup>7</sup>, mesmo quando o juiz acolhe ou rejeita um raciocínio analógico, pondera bens ou interesses em confronto com outros bens ou interesses ou toma em conta alterações das relações da vida, ainda aí e sempre subjazem valorações.

Todavia, é tradicionalmente assente que os juízos de valor não são suscetíveis de confirmação científica, já que têm a raiz em perceções, tais como juízos sobre fatos, que não são suscetíveis de corroboração através da observação e da experimentação e, como tal, conferem apenas expressão à convicção pessoal de quem emite o juízo. Em face disso, nenhum procedimento dedutivo correto do ponto de vista lógico é capaz de garantir resultados inadequados quando na cadeia dedutiva se introduzem premissas assentes em valorações.

Isto não significa, contudo, que o procedimento metódico ou racional, e a formação do sistema, sejam prescindíveis por parte dos juristas, nem tão-pouco que os métodos até aqui utilizados se revelem, afinal, incorretos.

As leis continuam a desempenhar na vida jurídica, tal como antes, um enorme papel: os juízes estão obrigados a aplicar a lei sempre que uma situação de facto esteja abrangida pela respetiva previsão. São, portanto, pautas de objetivação, que carecem, ainda assim e sempre, de interpretação.

Por outro lado, tendo em conta que a interpretação deve procurar validar o que o legislador pretendeu dispor, ao intérprete está vedado proceder de modo arbitrário ou discricionário.

Porém, as decisões judiciais não podem aceitar-se de forma cega; requerem confirmação, no sentido de verificar se são compatíveis com outras decisões e princípios jurídicos reconhecidos, se são materialmente adequadas, ou seja, se são fundamentadas sistematicamente, o que é de todo impossível sem a observância de determinadas exigências metódicas<sup>8</sup>.

No que diz respeito às valorações, mas também à interpretação e frequente exigência de esclarecimento da conduta humana (seja uma declaração de vontade, um assentimento, uma renúncia), um conceito de ciência que admitisse como adequados apenas os enunciados produzidos no âmbito da lógica ou da matemática ou dos factos constatados pela experiência revelar-se-ia excessivamente redutor, não só no que respeita à ciência do Direito, mas também face de outras ciências que interpretam e analisam a conduta humana de diferentes perspetivas.

Como tal, LARENZ concluiu, como ao diante veremos, que a ciência do Direito desenvolve por si métodos de um pensamento orientado a valores, que permitem complementar valorações previamente dadas, vertê-las no caso singular e orientar a valoração que de cada vez é exigida, pelo menos em

<sup>6</sup> MONTEIRO, *op. cit.*.

<sup>7</sup> *Metodologia da Ciência do Direito*.

<sup>8</sup> MONTEIRO, *op. cit.*.

determinados limites, a tais valorações previamente achadas. Nesta medida, as valorações passam a ser suscetíveis de confirmação e passíveis de crítica racional<sup>9</sup>.

Há, portanto, para o raciocínio jurídico uma exigência de forma e uma exigência de conteúdo.

A forma há-de ser sistemática, ainda que não é unívoca, dependente que está da própria ideia de Direito que se adote.

O conteúdo é considerado a partir do momento em que se reconheça como insuficiente a postura meramente formal da ciência jurídica, o que conduz à necessidade do estabelecimento de conexões de sentido entre o Direito positivo e os enunciados da ciência do Direito, ainda que com a consideração das situações concretas reguladas e do fim da regulação<sup>10</sup>.

Falamos já bastantes vezes, ao longo destas poucas linhas, em sistema jurídico, querendo referir-nos ao *plano* que o enforma e que impõe a integração das lacunas que nele surgem. Devíamos ter começado talvez por defini-lo.

## A Origem da ideia de Sistema Jurídico

Na era do positivismo jurídico, da negação do Direito natural, a própria *possibilidade* do sistema jurídico foi a principal disputa entre a *jurisprudência dos conceitos*, de JHERING e SAVIGNY, e a *jurisprudência dos interesses*, de HECK.

Tradicionalmente o sistema era encarado como axiomático. Todavia, a evolução da filosofia e da teoria do conhecimento, a própria condição do pensamento científico na atualidade, impôs se tentasse a apreensão do conceito pela forma sistemática.

Tarefa para a qual não foi despendendo o contributo da moderna teoria geral dos sistemas e da teoria da linguagem, com implicações na construção dos sistemas sociais autopoieticos, dos quais o Direito é espécie<sup>11</sup>, bem como a feição valorativa e teleológica do sistema jurídico, agora concebido conforme a essência do próprio Direito, enquanto seu objeto<sup>12</sup>.

A conceção de *ordenamento jurídico* como sistema é consentânea com o aparecimento do Estado Moderno e o desenvolvimento do capitalismo.

A palavra introduziu-se no pensamento jurídico só no século XVI e tornou-se um termo técnico no século XVIII, com grande repercussão no século XIX até a atualidade.

O conceito de ordenamento é operacionalmente importante para a dogmática e incluem-se nele elementos normativos (as normas), que são os principais, e elementos não normativos (definições, critérios de classificação, preâmbulos); na

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> MONTEIRO, *op. cit.*.

<sup>11</sup> Vide LUHMANN, *La Differenziazione del Diritto. Contributi alla Sociologia e alla Teoria del Diritto* (Trad. para italiano do original *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*).

<sup>12</sup> Cf. ALMEIDA, *O Direito Como Sistema Autopoietico*.

sua estrutura revelam-se regras de vários tipos e o Direito contemporâneo tende a vê-lo como um conjunto sistemático<sup>13</sup>.

Prevalece a ideia de sistema dinâmico, em contraposição ao estático, oriunda de Kelsen<sup>14</sup>, que capta as normas dentro de um processo de contínua transformação.

As normas são promulgadas, subsistem no tempo, atuam, são substituídas por outras ou perdem sua atualidade em decorrência de alterações introduzidas nas situações reguladas. O sistema acaba por ser apenas uma forma técnica de conceber os ordenamentos, que são um dado social.

A dogmática entende o ordenamento de forma sistemática para atender às exigências da decidibilidade dos conflitos, na medida em que a *ideia de sistema* implica uma noção de limite, traça contornos, cria uma linha diferencial abstrata que permite identificar o que está dentro, o que entra, o que sai e o que permanece fora.

Dessa forma, o Direito soberano ou nacional transforma-se num Direito de sistematização centralizada das normas de exercício do poder de gestão estatal e está aí a raiz do ordenamento visto como sistema dinâmico de normas<sup>15</sup>.

## Conceções Teóricas sobre o Sistema Jurídico: de SAVIGNY até a Jurisprudência dos Conceitos

206

SAVIGNY<sup>16</sup> foi talvez o primeiro teórico do Direito a empreender uma construção metodológica efetiva e, portanto, um sistema jurídico em bases mais sólidas do que a cultura anterior havia realizado. Equiparou, nos seus primeiros escritos, os termos *sistemático* e *filosófico*, nas palavras seguintes: todo o sistema conduz à filosofia.

Sustentava que o Direito era uma ciência que se deveria elaborar *histórica e filosoficamente*. A esses dois termos, porém, atribuía um significado muito diverso do que eles têm no discurso comum atual.

Ao afirmar que o Direito deveria ser filosófico, não queria SAVIGNY dizer que o deveria subordinar-se às noções filosóficas de justiça nem ater-se ao jus naturalismo dominante. Queria tão só explicar ciência jurídica deve ser elaborada de forma sistemática, por meio de conceitos organizados, constituindo um campo de conhecimentos com unidade e organicidade. Portanto, o conhecimento do Direito não pode reduzir-se a uma mera exposição fragmentária do sentido das normas, antes deve ser capaz de organizar sistematicamente todos os conceitos jurídicos.

No que respeita ao elemento histórico da ciência jurídica, SAVIGNY não o assinalava para indicar a relatividade de toda a construção jurídica nem a

<sup>13</sup> FERRAZ, *Introdução ao Estudo do Direito*, p. 177-181.

<sup>14</sup> *In Teoria Pura do Direito*.

<sup>15</sup> MONTEIRO, *op. cit.*.

<sup>16</sup> *Apud* LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 10.

necessidade de que os juízes adaptassem o sentido das normas à realidade histórica de seu tempo.

Pelo contrário: a historicidade constitui, para o Autor, um elemento na busca de uma interpretação objetiva, historicamente determinada pelo momento em que a lei foi elaborada. Não se trata, pois, de um historicismo atualizador ou prospetivo, mas de um historicismo retrospectivo e conservador, que liga o Direito às raízes históricas de sua criação, impedindo as tentativas de adaptar as soluções jurídicas às condições históricas do momento da aplicação do Direito.

Esse caráter conservador das ideias historicistas de SAVIGNY, que se opunha firmemente às inovações trazidas pela Revolução Francesa e pelo *Code Civil*, é essencial para a compreensão de sua teoria, na qual o elemento histórico funcionava como um critério que poderia dar maior objetividade à aplicação do Direito<sup>17</sup>.

A exposição de um simples sistema histórico conduz a uma unidade, a um ideal, em que aquela se baseia – e isto é filosofia.

Com o que, porém, vem SAVIGNY a distinguir a teoria filosófica do Direito em si mesma, ou o Direito natural, do elemento filosófico ou sistemático da ciência (positiva) do Direito: a última pode ser estudada tanto com o Direito natural como sem ele, já que, segundo ele, para o jurista, a filosofia não é necessária, mesmo como simples conhecimento prévio.

No elemento filosófico da ciência do Direito não deve, pois, subtender-se a aceitação de quaisquer princípios jusnaturalistas, apenas a orientação que é comum à ciência do Direito e à filosofia.

SAVIGNY<sup>18</sup> rejeita uma interpretação teleológica: o juiz deve atender não ao que o legislador busca atingir, mas só ao que na realidade preceituou; ou mais precisamente: ao que nas palavras da lei, segundo o seu sentido lógico, gramatical e a extrair da conexão sistemática, verdadeiramente encontrou uma expressão como conteúdo da sua determinação.

O juiz não tem que aperfeiçoar a lei, de modo criador – tem apenas que executá-la: um aperfeiçoamento da lei é, decerto, possível, mas deve ser obra unicamente do legislador, nunca do juiz.

Por fim, o elemento sistemático refere-se ao nexo interno que liga numa grande unidade todos os institutos e regras jurídicas.

De facto, para SAVIGNY, o Estado é fruto da necessidade humana de haver um limite para a arbitrariedade de uns contra os outros, limite que deve precisamente ser estabelecido pela lei.

Dizia que “*seria melhor que existisse algo totalmente objetivo, algo de todo independente e distante de toda convicção individual: a lei. [...] A lei deveria, pois, ser completamente objetiva, conforme sua finalidade original, isto é, tão perfeita que quem a aplique não tenha nada a agregar-lhe de si mesmo*”<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> COSTA, *Hermenêutica Jurídica*, pp. 58-60.

<sup>18</sup> *Apud* LARENZ, *op. cit.*, p. 12.

<sup>19</sup> *In Metodologia Jurídica*, p. 42, *apud* COSTA, *op.cit.*, p. 58.

Defendia, pois, a existência de uma interpretação objetiva, que possibilitasse a identificação do *verdadeiro sentido da lei*.

Expressão dessa busca de objetividade também é a negação das interpretações tanto extensivas quanto restritivas, por considerar que, nesses casos, o juiz não se limita a reconstruir o sentido da lei, mas insere seus próprios valores, alterando a norma em vez de interpretá-la, numa operação tão arbitrária que não se pode falar de uma verdadeira interpretação, pois aquilo que o juiz deve agregar à lei, apenas por este facto, não pode ser considerado objetivo<sup>20</sup>.

Qual deveria ser, então, esse sentido objetivo das normas?

Como os demais hermeneutas de seu tempo, SAVIGNY fliava-se na corrente que identificava na busca da vontade do autor o núcleo da interpretação legislativa, afirmando que *toda a lei deve expressar um pensamento em forma tal que valha como norma. Quem interpreta, pois, uma lei, deve investigar o conteúdo da lei. Interpretação é, assim, antes de mais, reconstrução do conteúdo da lei, pelo que o intérprete deve colocar-se no ponto de vista do legislador e, assim, produzir artificialmente o seu pensamento*<sup>21</sup>.

Nisso estava de acordo tanto com os teóricos franceses quanto com a tradição germânica que influenciou, como ao diante veremos, SCHLEIERMACHER.

208

Porém, reconhecia como uma meia verdade a afirmação de que, na interpretação, tudo depende da vontade do legislador, pois, segundo ele, não bastava que o legislador tivesse uma vontade, era preciso que ele a evidenciasse na lei para que essa sua intenção vinculasse o intérprete, de tal forma que ele define interpretação não apenas como identificação da vontade do legislador, mas como reconstrução do pensamento expressado na lei, enquanto, ainda que obscuro, seja cognoscível a partir da lei<sup>22</sup>.

Assim, diversamente da escola francesa, SAVIGNY não propunha uma investigação autónoma da vontade do legislador, baseada em análises dos trabalhos preparatórios, mas subordinava a reconstrução do pensamento legislativo ao estudo dos próprios textos efetivamente legislados, o que indica a sua grande vinculação ao elemento gramatical da interpretação.

Essa especial relevância da literalidade das normas, contudo, não fez com que SAVIGNY se limitasse aos aspetos gramaticais da interpretação, sendo que ele afirmava que, na reconstrução do pensamento do legislador, o intérprete deveria realizar uma tríplice atividade, inserindo uma terceira espécie de interpretação (a histórica) no antigo modelo bipartido que diferenciava a interpretação em lógica e gramatical.

Com isso, a interpretação deveria constituir-se em uma atividade dividida em três partes: uma, lógica, que consiste na apresentação do conteúdo da lei na sua origem e na apresenta a relação das partes entre si; outra, gramatical, condição necessária da parte lógica e, finalmente, a parte histórica, na medida em que a

<sup>20</sup> COSTA, *ibidem*.

<sup>21</sup> SAVIGNY, *Metodologia Jurídica*, p. 13, *apud* COSTA, op. cit., p. 59.

<sup>22</sup> *Metodologia*, p. 14, *apud* COSTA, *ibidem*.



compreensão da lei só é possível pela compreensão do momento em que a lei existe.

Inseriu o elemento histórico na hermenêutica como uma forma de garantir que a interpretação deveria observar as condições históricas do momento da elaboração da lei, pois toda lei é fruto de determinadas circunstâncias históricas, e não para afirmar que a lei deveria ser interpretada de forma a adaptar-se aos valores históricos do momento em que ela fosse aplicada.

Trata-se, pois, de uma utilização conservadora do elemento histórico, na medida em que vincula o sentido da lei ao momento de sua elaboração e que, portanto, se opõe ao projeto *modernizador* do positivismo<sup>23</sup>.

Inaugurando essa concepção mais consistente do sistema, criou condições para o desenvolvimento segundo os moldes da lógica formal, que veio a dar-se com os cultores da jurisprudência dos conceitos<sup>24</sup>.

De acordo as lições de LARENZ<sup>25</sup>, a ideia de sistema consubstanciou na ciência jurídica uma herança da doutrina do Direito natural, embora tivesse também raízes profundas na filosofia do idealismo alemão.

Os idealistas alemães pós-kantianos, nos quais é usual contar FICHTE, SCHELLING, SCHLEIERMACHER, tentaram construir o mundo a partir de um único ponto, de um princípio último transcendental, *i.e.*, apreendê-lo reflexivamente.

FICHTE sustentou que o motivo fundamental pelo qual o idealismo deve considerar-se superior ao realismo, seria, sobretudo, moral, uma *questão de caráter*.

Realismo significaria passividade, acomodação, fraqueza, debilidade; ao passo que idealismo, isto é, imanentismo, significaria atividade, independência, liberdade, posse de si mesmo.

Assentado isto, FICHTE concebe idealisticamente toda a realidade, tanto espiritual quanto material, como uma produção do eu.

Trata-se, naturalmente, de um *eu* universal, absoluto, transcendental, isto é, *Eu puro*, de que o *eu empírico*, os diversos *eus empíricos* seriam concretizações particulares, no tempo e no espaço: nesses *eus empíricos*, e unicamente neles, o *Eu puro* vive, opera, desenvolve-se, em um processo infinito, ético, no qual reside a sua divindade.

Desenvolvendo a doutrina kantiana do primado da razão prática, FICHTE pensa que a natureza íntima, profunda, originária do eu seja atividade, moralidade.

Para realizá-la, o *eu* criaria o mundo da natureza, poria a si mesmo o *não-eu*.

Este seria precisamente como que o campo da sua atividade, o obstáculo a superar para realizar a sua função ética, a antítese que ele põe como tese, a fim de que seja possível a síntese ética.

<sup>23</sup> COSTA, *op. cit.*, pp. 63.

<sup>24</sup> *Idem, ibidem*, p. 16.

<sup>25</sup> LARENZ, *op. cit.*, p. 21.

Um tal processo ascendente não tem fim, porque, se terminasse, apagar-se-ia a vida do espírito, a qual é atividade, eticidade, e a realidade cairia do nada<sup>26</sup>.

Naturalmente, tal produção do *não-eu* por parte do *eu*, tal produção da natureza por parte do espírito é inconsciente, o que FICHTE justifica deduzindo o *eu* do mundo da matéria, da natureza; mundo que, para KANT, era um dado e inexplicável.

Fica, todavia, racionalmente indedutível o conteúdo desse mundo da natureza, minerais, vegetais, animais, e cada indivíduo e cada ação sua, já que num sistema de idealismo absoluto deveria ser tudo racionalmente justificado - como mais tarde, procurará fazer HEGEL.

A filosofia de SCHELLING é, fundamentalmente, idealista: o espírito, o sujeito, o eu, é princípio de tudo.

Como FICHTE, admite que a natureza é uma produção necessária do espírito; recusa, porém, o conceito de FICHTE de que a natureza tenha uma existência puramente relativa ao espírito.

Para ele, a natureza - embora concebida idealisticamente - tem uma realidade autônoma com respeito ao sujeito, à consciência. A natureza é o espírito na fase de consciência obscura, como o espírito é a natureza na fase de consciência clara.

A concepção de SCHELLING insere-se logicamente FICHTE e HEGEL, é uma concepção romântica, em virtude da qual toda a natureza é espiritualizada e o espírito humano atinge a essência metafísica da realidade através de uma intuição estética<sup>27</sup>.

A concepção filosófica de SCHLEIERMACHER é, fundamentalmente, a do idealismo romântico, isto é, do monismo imanentista.

Embora pense que não podemos conhecer nada a respeito de Deus, teoreticamente, repete de muitos modos que a realidade é *una*, e que o espírito humano na sua plena atualidade é a consciência de Deus imanente.

Segundo SCHLEIERMACHER, o Absoluto não é atingível por via prática, moral, como julgava KANT. Para este, a atividade que atinge o Absoluto é a vontade moral, a razão prática. Daí o primado da razão prática; daí ser a metafísica substituída pela moral; daí ser a religião reduzida aos limites da razão prática, isto é, resolvida na moral.

O Absoluto não é, porém, atingível sequer por via teórica, racional, como julgava HEGEL, dada a sua concepção *panlogista-imanentista* da realidade (*toda a realidade é racional e toda a racionalidade é real*): daí a lógica coincidir com a ontologia, a ética ser resolvida na dialética, e a religião aniquilada na filosofia.

O Absoluto - segundo SCHLEIERMACHER - é atingido pelo sentimento: não pelo simples sentimento entendido em sentido psicológico, que é uma atividade coordenada ao conhecimento e à vontade, e é, como o conhecimento e a vontade, secundário, dependente e limitado; mas pelo sentimento potenciado romanticamente em sentido metafísico, sentimento que seria precisamente a faculdade do Absoluto, do Uno, e a raiz comum das outras atividades psíquicas.

<sup>26</sup> Vide LAMEGO, *O Essencial sobre a Filosofia do Direito do Idealismo Alemão*.

<sup>27</sup> *Idem, ibidem*.

SCHLEIERMACHER quer libertar a religião não só da ciência, mas também da moral, para celebrar uma religiosidade estética. Pensa ele – como SCHELLING – que o Absoluto é atingido mediante a intuição estética, a que julga poder dar um específico valor religioso<sup>28</sup>.

HEGEL, por sua vez, projetou apresentar o verdadeiro como o todo, isto é, como o movimento do conceito concreto girando sobre si próprio e não só englobando como em si superando o respetivo contrário.

O sistema significa aqui, portanto, muito mais do que mera clareza e facilidade de domínio de uma certa matéria; significa a única maneira pela qual é possível que o espírito cognoscente se assegure da verdade: o critério da racionalidade intrínseca como exigência imprescindível da verdadeira cientificidade<sup>29</sup>.

Por isso é que SAVIGNY (que nesta medida não foi insensível à filosofia da sua época) acentuou desde o começo, ao lado do caráter histórico, e com idêntica importância, o caráter filosófico ou sistemático da ciência do Direito – vindo a segui-lo, de resto, nesta elevada valoração do sistema científico, quase todos os juristas representativos da Alemanha do século XIX. A matéria, obtiveram-na sobretudo a partir das fontes de Direito romanas, cuja sistematização foi a principal tarefa e o principal contributo da pandectista do século XIX.

A *ideia de sistema* significa o desabrochar de uma unidade numa diversidade, que desse modo se reconhece como algo coeso do ponto de vista do sentido.

No entanto, essa unidade que o sistema há-de exprimir pode pensar-se de duas maneiras diferentes e alcançar-se, por conseguinte, por caminhos diferentes.

Pode conceber-se, em primeiro lugar, como se conceberia a unidade de um organismo – como pretendiam os filósofos idealistas – como uma totalidade significativa que habita a diversidade e que só nela e com ela se manifesta e cujos elementos gravitam em volta de um centro; ou, ao invés, como um conceito geral abstrato, limpo de tudo o que haja de particular, sendo a este tipo de unidade que conduz a lógica formal.

Podíamos comparar, como tal, a conceção de sistema orgânico a um círculo e, o sistema de conceitos, determinado pelos princípios da lógica formal, a uma pirâmide, cujo conceito supremo, que ocupa o vértice da pirâmide, paira muito acima da base, embora seja isso que lhe permite – tendo a pirâmide como transparente – uma extensão de perspectiva maior.

À medida que se sobe da base para o vértice, vai-se estreitando a largura dos estratos; de estrato para estrato, perde a pirâmide em largura o que ganha em altura.

Quanto maior a largura, ou seja, a abundância da matéria, tanto menor a altura, ou seja, a capacidade de perspectiva, e vice-versa. À largura corresponde a compreensão e à altura a extensão (o âmbito da aplicação) do conceito abstrato<sup>30</sup>.

<sup>28</sup> *Idem, ibidem* e, ainda, VIDEIRA, Síntese: *Arte e Filosofia no Idealismo Alemão*; KLOTZ, “Subjetividade no Idealismo Alemão”, in *Revista Inquietude*.

<sup>29</sup> Cf. *Hegel System of Science* @ [www.hegel.net](http://www.hegel.net), acedido em 21.08.2013.

<sup>30</sup> MONTEIRO, *op. cit.*.

O ideal do sistema lógico é atingido quando no vértice se coloca o conceito mais geral possível, em que se venham a subsumir, como espécies e subespécies, todos os outros conceitos, de modo a que de cada ponto da base se possa subir até ele, através de uma série de termos médios e sempre pelo caminho da eliminação do particular<sup>31</sup>.

## O Positivismo e a Jurisprudência dos interesses

Para LARENZ<sup>32</sup>, o positivismo, na ciência do Direito<sup>33</sup> como no seu entendimento da ciência em geral, caracteriza-se pelo empenho em banir toda a metafísica do mundo da ciência e em restringir rigorosamente esta última aos factos e às leis desses factos, considerados empiricamente.

Dado que a sua primeira e mais marcante preocupação era excluir da ciência do Direito a questão de um sentido ou de um valor com validade objetiva, o positivismo já foi precisamente classificado como uma orientação espiritual sobretudo negadora, como um negativismo.

Não pode, ainda assim, ignorar-se o *ethos* científico que determinou, frequentemente, a atitude do positivista: do positivista que considera as ideias eternas ou os valores absolutos como inatingíveis racionalmente e, por isso, receia fazer afirmações ou pressuposições não demonstradas.

212 Esta humildade científica do positivista não exclui que ele tenha para si valores ou exigências éticas; só que os remete para o mundo das crenças pessoais e das convicções morais sobre os quais, do seu ponto de vista, não é possível um enunciado científico.

LARENZ não nega, por exemplo, que a exigência de justiça valha para a consciência de cada um, mas é da opinião que ela não é passível de conhecimento científico e de que, portanto, não constitui um princípio possível de uma ciência *jus* positivista.

Quando muito, pode reconhecer a vivência da justiça como um facto antropológico que, enquanto tal, não pode nunca ser eliminado do pensamento jurídico; mas a ideia de justiça é que não chega a ser para ele um princípio cognitivamente objetivável, um princípio com validade universal e que, deste modo, possa ter relevância para o conhecimento do Direito positivo<sup>34</sup>.

O que, abstraindo da lógica e da matemática, é suscetível de conhecimento científico são, na conceção positivista, os factos sensíveis, juntamente com as leis que neles se manifestam e se comprovam na experimentação.

<sup>31</sup> LARENZ, *op. cit.*, pp. 22-23.

<sup>32</sup> *Op. cit.*, pp. 45-46.

<sup>33</sup> Movimento adverso, não só do Direito natural racionalista-dedutivo e da atitude metafísica de base da filosofia idealista alemã, como do romantismo e da velha Escola Histórica – *idem, ibidem*.

<sup>34</sup> *Idem, ibidem*.

Nesta postura revela-se como paradigmático o modelo das ciências exatas da natureza<sup>35</sup>. Nessa medida, o positivismo é um naturalismo<sup>36</sup>.

Em face desse exagero formalista, mas ainda sem romper em definitivo com a conceção positivista da ciência jurídica, surge a *jurisprudência dos interesses*, tendo JHERING<sup>37</sup> como seu precursor, e que foi desenvolvida mais tarde por HECK<sup>38</sup>, STOLL e outros.

Esta corrente procura investigar e aperfeiçoar o Direito, num método de cunho sociológico, partindo dos motivos que foram determinantes para o legislador.

Preocupa-se, assim, com o conteúdo da decisão jurídica, com vista aos interesses concretos existentes nos problemas levados à decisão dos tribunais. Dessa forma, ela interessa-se muito mais com a prática do Direito do que com a construção consistente e coerente dos conceitos e do sistema jurídico<sup>39</sup>.

As explanações de HECK e STOLL<sup>40</sup> em matéria de construção dos conceitos e do sistema ficaram a meio do caminho: a sua maior preocupação, a este propósito, consistiu em mostrar que o sistema lógico-formal de conceitos gerais abstratos – a pirâmide de conceitos – não deve utilizar-se como fonte de conhecimento de novas proposições jurídicas

Em consequência, atribuíram a este sistema, ao sistema externo, apenas um valor de exposição, não um valor de cognição que, tal como os elementos de que é formado – os conceitos preceptivos ou ordenadores –, só deve servir para a formulação e a ordenação externa do material jurídico.

Os conceitos ordenadores, como por exemplo, o de direito subjetivo e de ato ilícito, constrói-os a ciência do Direito com base na ordem jurídica positiva existente, desprezando o marginal e acentuando o comum e o essencial, ou seja, por via de indução e de abstração.

Trabalho em que nenhuma representação sociais de fins norteiam a ciência do Direito, determinando-se esta apenas pela ideia de domínio e ordenação do material legislativo.

Em contraposição a estes conceitos, estariam os conceitos de interesse, que servem para a apreensão conceitual dos interesses reconhecidos como prevalecentes, como, por exemplo, a situação dos interesses, o interesse no desenvolvimento ou o interesse da estabilidade<sup>41</sup>.

Para a construção do sistema estes conceitos não são aptos; porém, ao contrário do que acontece com os conceitos ordenadores, são da maior importância para a investigação dos interesses e, por conseguinte, para a interpretação da lei e a aplicação do Direito.

<sup>35</sup> HART, *The concept of law*, pp. 141 e ss., 157 e ss., 272.

<sup>36</sup> *Idem*, p. 46-47, *apud*, MONTEIRO, *op. cit.*

<sup>37</sup> JEHRING, *Des Kampf ums Recht*.

<sup>38</sup> Vide HECK, *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*.

<sup>39</sup> Cf. GUICHARD, "A ideia de um Sistema Móvel, em Especial no Domínio da Responsabilidade Civil", pp. 8-9.

<sup>40</sup> *Apud* LARENZ, *op. cit.*, pp. 73-74.

<sup>41</sup> CABRAL, *in* *Concepções Teóricas sobre a Ideia de Sistema na Ciência do Direito*, p. 12.

Desta maneira, existem – defende HECK<sup>42</sup> – duas séries de conceitos distintas, notando-se esta antítese em todo o mundo jurídico e projetando-se em todas as questões particulares.

HECK rejeita qualquer mistura entre os dois tipos de conceitos, entendendo que só são denominados de conceitos jurídicos, na terminologia corrente, os conceitos preceptivos, já não aqueles que se referem aos interesses, embora estes sejam naturalmente construídos e valorados por qualquer ciência do Direito.

À dupla via de construção dos conceitos corresponde uma dupla significação do sistema. Através da reunião dos conceitos ordenadores forma-se o sistema científico, na aceção de sistema externo, em cuja edificação é determinante o interesse na exposição da matéria, ou seja, a tendência, por um lado, para a clarificação, e, pelo outro, para a condensação e a perspetiva geral<sup>43, 44</sup>.

Ao sistema externo HECK contrapõe o sistema interno, que resulta do nexo objetivo entre as soluções dos problemas que propicia a investigação dos interesses.

Com efeito, os elementos básicos, que são as decisões dos conflitos, não pairam como fenômenos isolados no vácuo, mas referem-se a parcelas da vida que se encontram ligadas entre si por multímodas conexões e concordâncias.

Porém, se aqui ecoa o pensamento de que este sistema interno, que é independente da atividade científica, se oferece já pronto nas relações da vida, de sorte que para o atingir não é necessário senão reproduzi-lo, HECK não deixa, ao mesmo tempo, de voltar à ideia de um sistema de normas como um sistema de decisões de conflito com caráter geral, que ele apenas logra conceber na forma de um sistema de conceitos ordenadores.

Toda a decisão de conflitos, afirma ele, pode fazer intervir o conteúdo total da ordem jurídica. Os problemas deparam-se como complexos de problemas e as decisões como grupos de decisões. Se os elementos comuns vierem a ser reconhecidos e reunidos na exposição, resultarão conceitos de grupo, de generalidade sempre crescente.

O processo de síntese completa-se através de uma classificação, que torna explícito o sistema interno como o conjunto interligado das normas e das decisões de conflitos nelas realizadas<sup>45</sup>.

Donde não é de admirar que o sistema interno exposto em conceitos gerais abstratos e ordenadores seja para HECK essencialmente idêntico àquela classificação do Direito que já era até aqui determinante para a legislação e para a ciência – quer dizer, o sistema externo.

<sup>42</sup> *In Interpretação da Lei e jurisprudência dos Interesses.*

<sup>43</sup> CABRAL, *op. cit.*, p. 13.

<sup>44</sup> *Idem, ibidem*: “STOLL juntou a este interesse na exposição um outro desígnio, para o qual o sistema externo será ainda necessário: o de permitir ao juiz a subsunção lógica, subsunção que não só é indispensável por razões de continuidade e de celeridade na administração da justiça, como também, se conservada nos devidos limites, insuscetível de objeção e adequada”.

<sup>45</sup> MONTEIRO, *op. cit.*.

Tanto mais surpreendente se torna, assim, que HECK persista em manter com tal energia a distinção entre as duas espécies de sistema, bem como a distinção entre os conceitos preceptivos, construídos com puros fins de ordenação, e os conceitos de interesse<sup>46</sup>.

## O Sistema Móvel de WILBURG

Para WILBURG, cuja conceção de *sistema móvel* no Direito privado encontra apoio na descrita jurisprudência dos interesses.

No entanto, como refere GUICHARD<sup>47</sup>, no desenvolvimento e, simultaneamente, na superação da jurisprudência dos interesses, WILBURG generalizou a ideia de que as consequências jurídicas resultam de um jogo de *elementos móveis*.

Situando (ou deslocando) as *forças móveis* identificadas como decisivas nas hipóteses das normas e, atendendo ao respetivo peso, WILBURG propôs *soluções elásticas*, dirigidas às especificidades de cada caso.

No que apresentou sucintamente as consequências do seu ponto de partida através de uma série de exemplos retirados não só do direito delitual mas também, como na hipótese do negócio usurário, do Direito contratual.

Desde modo, foi reconhecido o significado normativo dos enunciados ou proposições comparativas no Direito e abriu-se a possibilidade de substituir os rígidos enunciados *regra/exceção* relações por flexíveis e relações do tipo *quanto mais/mais*.

Para GUICHARD<sup>48</sup>, em tempos de uma cada vez mais deplorada avalanche legislativa, este acesso metodológico para a superação de complexas questões jurídicas, é – agora como antes, e em alto grau – atual, pois mostra um caminho para *evitar a inevitável casuística* de normas rígidas conformadas segundo o esquema da conexão entre hipótese e consequência.

No que respeita à analogia, que preocupa o nosso trabalho, WILBURG afirmava que a ciência jurídica pode, conformar livremente forças e ideias sem que sejam necessárias novas leis, através do com o recurso à analogia e segundo os princípios gerais (comuns) do Direito<sup>49</sup>.

Para o Autor, uma evolução móvel corresponde ao espírito da lei, à qual, de modo algum, é estranha a conceção de um jogo de forças. «*A ciência jurídica é uma «arte» cuja tarefa é captar as manifestações da vida em comunidade dos homens e conformá-las. Ela há-de ser clara, mas também rica em pensamentos, como a luz solar o é em cores. E deve, consequentemente, aspirar a identificar todas as cores e tonalidades sob pena de permanecer alheada da realidade.*»<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>47</sup> *Op. cit.*, pp. 30-31.

<sup>48</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>49</sup> Na tradução de GUICHARD, *op. cit.* p. 18.

<sup>50</sup> *Idem, ibidem.*

## A Sociologia do Direito

Dentro do conceito positivista de ciência ocorreu uma viragem da ciência jurídica para a sociologia do Direito, contrastando com algumas ideias apontadas pela jurisprudência dos interesses.

O austríaco EHRLICH foi o principal representante da escola sociológica do Direito<sup>51</sup>, segundo a qual que a ciência do Direito deve atender, não apenas às *palavras*, mas também aos *factos subjacentes ao Direito*, através de um método indutivo.

Numa estrita obediência aos modelos positivistas, considera que só é possível assimilar na essência das coisas através da observação dos factos e da repetida experimentação.

Existem, assim, segundo EHRLICH, *factos do Direito* (*Tatsachen des Rechts*), isto é, *fenômenos jurídico-sociais reveladores do Direito*, como o costume, a posse, a família, os estatutos associativos, as disposições de última vontade.

Deste modo, o Direito não pode ser encarado como mero fenômeno social específico. É, pelo contrário, uma *ordem efetiva de uma sociedade* que existe menos nas *normas de decisão* e mais nas *regras de harmonia* com as quais os homens, na sua vida em comum, realmente se comportam.

Estas serão as chamadas regras de conduta ou efetivas normas de Direito, os factos originários do Direito. Haverá, assim, aquilo que o Autor qualifica como um Direito vivo (*lebendes Recht*), porquanto, para ele, o centro de gravidade do desenvolvimento do Direito não está nem na legislação nem na ciência jurídica, nem na jurisprudência dos tribunais, mas na própria sociedade<sup>52</sup>.

De fato, a família, a propriedade, a locação, o mútuo, o comodato eram relações jurídicas ainda antes de os juristas romanos terem feito a sua primeira generalização.

Mesmo hoje, porém, o Direito não reside tanto nas proposições jurídicas (nas normas de decisão) quanto nas instituições jurídicas.

A missão da sociologia do Direito é pesquisar cuidadosamente as forças propulsoras das organizações jurídicas e só posteriormente é que a jurisprudência constrói a proposição jurídica com base na percepção dos factos da vida jurídica e na generalização das vivências dessa percepção – tendo, sem dúvida, os seus procedimentos uma inegável semelhança com os métodos das ciências exatas.

Sem, contudo, ser uma ciência exata, já que é inegável que a observação e a generalização do jurista não ocorrem imparcialmente no espírito científico, mas sob a influência das relações de poder, das considerações de oportunidade e das tendências de justiça que determinam a pesquisa das normas.

<sup>51</sup> Autor de *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft* (A livre Procura do Direito e a Livre jurisprudência), de 1903, e de *Grundlegung der Soziologie des Recht* (Fundamentos da Sociologia do Direito).

<sup>52</sup> *Apud* LARENZ, *op. cit.*, pp. 74-76, 85-86.



A observação e a generalização do jurista não só se interrompem onde cessa a importância prática, como, em último termo, culminam num processo absolutamente acientífico: na ponderação dos interesses como base de pesquisa das normas.

Contudo, afirma LARENZ<sup>53</sup> que as funções do Direito enquanto ordenação da vida e ordem normativa não se excluem reciprocamente; pelo contrário, o Direito válido é sempre as duas coisas: validade normativa e validade fática. Ihes são igualmente características.

É sobretudo a jurisprudência dos interesses que propende a pensar apenas nos casos de conflito e não no muito mais frequente convívio pacífico conforme à ordem jurídica, atitude que se explica, decerto, pela especial situação do juiz, a quem os litígios são apresentados para que lhes dê solução; mas, para o caso do legislador ela seria excessivamente restrita.

A ciência deve, pois, diz MONTEIRO, libertar-se por completo de uma atitude tão unilateral, podendo nisso ser-lhe útil a perspectiva sociológica, que vê na norma a expressão da ordenação da vida agindo na sua sempre renovada realização<sup>54</sup>.

## A Teoria pura do Direito de Kelsen

Diante da conceção de que a sociologia do Direito é a *autêntica* ciência do Direito, ao passo que à ciência jurídica tradicional apenas caberia o papel de uma tecnologia ou de um auxiliar da jurisprudência dos tribunais, Kelsen impôs-se a missão de uma tomada de consciência metodológica por parte da ciência do Direito.

Atuando no marco do paradigma positivista, não poderia ser diferente o projeto kelseneano: uma ciência das normas que atingisse os seus objetivos epistemológicos de neutralidade e objetividade.

Para o Autor, era absolutamente necessário expulsar do ambiente científico os juízos de valor, como já o haviam feito as demais disciplinas científicas: o plano da *teoria pura* era, assim, atingir a autonomia disciplinar para a ciência jurídica.

A ciência do Direito, segundo Kelsen, não tem a ver com a conduta efetiva do homem, mas só com o prescrito juridicamente<sup>55</sup>. Não é, pois, uma ciência de factos, como a sociologia, mas uma ciência de normas; O seu objeto não é o que é ou que acontece, mas um complexo de normas.

Só se garante o seu carácter científico quando se restringe rigorosamente à sua função e o seu método se conserva puro de toda a mescla de elementos estranhos à sua essência. Isto é, não só de todo e qualquer apoio numa ciência de factos (como a sociologia e a psicologia), como de todo e qualquer influxo de proposições de fé, sejam de natureza ética ou de natureza religiosa.

<sup>53</sup> *Op. cit.*, p. 87.

<sup>54</sup> *Op. cit.*, p. 15.

<sup>55</sup> *Idem, ibidem.*

Como conhecimento puro, não tem de prosseguir imediatamente nenhum fim prático, mas antes de excluir da sua consideração tudo o que não se ligue especificamente com o seu objeto como complexo de normas.

Só assim logra afastar a censura de estar ao serviço de quaisquer interesses, paixões ou preconceitos políticos, económicos ou ideológicos, isto é, só assim pode ser ciência<sup>56</sup>.

À ciência do Direito que satisfaz a existência da pureza do método, chama Kelsen *teoria pura do Direito*<sup>57</sup>.

Segundo Kelsen, a *teoria pura do Direito* é uma teoria do Direito positivo em geral e não de uma ordem jurídica especial, nacional ou internacional. É teoria geral do Direito e, contudo, fornece uma teoria da interpretação. Como teoria, quer apenas saber do seu objeto, como ele é, e não como deve ser. É ciência jurídica e não política do Direito.

Por pretender ser *pura*, procura excluir do seu conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, pretendendo libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos e é esse o seu princípio metodológico fundamental.

Com o qual evitar uma mistura metodológica que obscurece, no seu entender, a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto, em face de outras disciplinas.

Distingue-se a teoria pura do Direito da tradicionalmente chamada ciência dogmática do Direito, que se propunha conhecer um certo Direito positivo no seu particular conteúdo e no seu nexos sistemático e facilitar a aplicação do mesmo.

A *teoria pura*, muito ao invés, não se preocupa com o conteúdo, mas só com a estrutura lógica das normas jurídicas; verifica o sentido, a possibilidade e os limites de todo e qualquer enunciado jurídico (não de um certo enunciado jurídico), bem como a espécie e o modo do seu estabelecimento.

Desta maneira, é uma teoria do conhecimento *jus científico* e, como tal, deveria ter-se por completamente distinta da própria ciência do Direito, cuja possibilidade e método investiga.

Ainda assim, apresenta-se ela mesma como ciência do Direito e é pelo menos obscuro até que ponto Kelsen ainda reconhece, a seu lado, como ciência uma ciência dogmática do Direito que se ocupe, já não com a forma, mas com o particular conteúdo de um certo Direito positivo.

Diz que o conhecimento jurídico se dirige às normas que possuem o carácter de normas jurídicas e conferem a determinados factos o carácter de atos jurídicos.

Na verdade, o Direito, que constitui o objeto deste conhecimento, é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano.

Com o termo *norma*, quer significar que algo *deve ser* ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira.

<sup>56</sup> MONTEIRO, *op. cit.*, pp. 16-18.

<sup>57</sup> Vide Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, pp. 1-2; Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, pp. 94-95.

Aqui, o verbo *dever* é empregado para significar um ato intencional dirigido à conduta de outrem, no qual se incluem o *ter permissão* e o *poder* (ter competência) e, neste sentido, as normas jurídicas são entendidas como atos de vontade.

Mas a *norma* é o sentido de um ato através do qual uma conduta é prescrita, permitida ou facultada, sendo qualquer coisa de diferente do ato de vontade cujo sentido constitui.

Portanto, a norma é um *dever-ser* e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um *ser*<sup>58</sup>.

A *teoria pura do Direito*, na medida em que pretende arrancar o Direito da névoa metafísica da doutrina do Direito natural, quer concebê-lo, muito realisticamente, como uma específica técnica social, o que redundará em só ter a ver com a forma lógica, com uma específica lógica de normas.

O conteúdo das normas jurídicas não está para ela, por qualquer modo, pré-determinado pela razão, pela lei moral ou por qualquer teleologia imanente. Pelo contrário, pode ser aquele que se queira.

Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, mas porque foi produzida de determinada maneira, de uma maneira legitimada, em último termo, por uma norma fundamental que se pressupõe. Por isso pode qualquer conteúdo que se deseje seja Direito.

KELSEN assegura que uma teoria do Direito deve, antes de tudo, determinar conceitualmente o seu objeto e que, quando confrontamos uns com os outros os objetos que, em diferentes povos e em diferentes épocas, são designados como Direito, resulta logo que todos eles se apresentam como ordens de conduta humana.

Uma ordem é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo facto de todas elas terem o mesmo fundamento de validade, e este é uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Só procurando validade nessa norma fundamental é que uma determinada norma se pode qualificar como jurídica e pertencente a determinada ordem.

As normas de uma certa ordem jurídica regulam a conduta humana, que tanto por consistir numa ação positiva como numa omissão<sup>59</sup>. Porém, na medida em que a ordem jurídica é uma ordem social, ela só regula, de uma maneira positiva, a conduta de um indivíduo enquanto esta se refere a um outro indivíduo, e é isto que constitui o objeto desta regulamentação.

A autoridade jurídica prescreve uma determinada conduta humana apenas porque a considera valiosa para a comunidade jurídica dos indivíduos. Logo, o conteúdo e o fundamento de validade de toda e qualquer norma jurídica são, para a *teoria pura* do Direito, a norma imediatamente superior no nível hierárquico.

Isto dá-se sucessivamente até o fundamento último de validade de todo o Direito, que passa a ser uma norma que não é posta, apenas pressuposta, a própria norma fundamental, que é produto do pensamento do jurista, que tem de ir

<sup>58</sup> KELSEN, *op. cit.*, pp. 5-6, 33-35.; LARENZ, *op. cit.*, p. 97.

<sup>59</sup> MONTEIRO, *op. cit.*, p. 18.

buscá-la além do Direito positivo, ou seja, na *filosofia* do Direito. O que constitui o único *momento metafísico* da teoria pura de KELSEN.

Todavia, a norma de grau superior jamais pode determinar completamente e em todas as direções o ato pelo qual é executada (ou seja, o estabelecimento da norma inferior)<sup>60</sup>.

Resta sempre uma margem de discricionariedade para o órgão chamado a estabelecer a norma inferior, de tal sorte que a norma superior, relativamente ao ato de produção normativa ou de execução, tem sempre e só o caráter de um quadro a preencher através desse ato.

A interpretação, enquanto por ela se entenda uma atividade de conhecimento, apenas logra mostrar-nos esse quadro, mas nunca preenchê-lo.

Se o sentido literal da norma aplicável não é unívoco, quem tem de aplicá-la encontra-se perante várias significações possíveis. A interpretação não lhe pode dizer qual é a certa; todas são igualmente certas.

Se se pretende por interpretação a fixação, em termos de conhecimento, do sentido do objeto interpretado, o resultado da interpretação jurídica só pode consistir na fixação do quadro que o Direito interpretando oferece e, por conseguinte, no conhecimento das múltiplas possibilidades que existem dentro desse quadro.

220

Cabe a quem aplica a norma decidir-se, através de um ato voluntário, por uma dessas possibilidades, que depois, por ato do órgão aplicador, particularmente o tribunal, se torna em Direito positivo.

A decisão, proferida por ele do modo indicado, cria, aliás, sempre Direito, mesmo que não represente nenhuma das interpretações da norma aplicada que sejam consideradas possíveis pela ciência do Direito.

A ciência do Direito só pode indicar os significados possíveis de uma norma concreta, tendo de deixar à autoridade aplicadora do Direito a escolha – apenas determinável mediante considerações políticas – entre as interpretações que são igualmente possíveis do ponto de vista *jus científico*.

Por conseguinte, quando o intérprete, a partir da sua posição valorativa pessoal, recomenda uma das possíveis interpretações, não o pode fazer *em nome da ciência*. A ciência do Direito, que só se orienta pelo valor da verdade, deve distinguir-se rigorosamente da política jurídica, que, como conformação intencional da ordem social, se dirige à realização de outros valores, especialmente da justiça<sup>61</sup>.

Segundo LARENZ, a preocupação principal de KELSEN é, nitidamente, a de impedir que se abuse da ciência do Direito, utilizando-a como capa de opiniões puramente pessoais e/ou de tendências ideológicas.

Do ponto de vista do *ethos científico*, não se pode negar justificação desta preocupação de KELSEN: é certo que, como poucas outras ciências, a ciência jurídica se encontra à mercê de tal abuso, necessitando, por isso, de uma contínua

<sup>60</sup> *Apud* LARENZ, *op. cit.*, pp. 105-106.

<sup>61</sup> *Op. cit.*, p. 19.

autorreflexão crítica como aquela para que em tão grande medida contribuiu a *teoria pura* do Direito<sup>62</sup>.

Uma teoria – e o respetivo sistema – que se atenha apenas a aspetos formais do seu objeto, não podem dar conta da complexidade do fenómeno jurídico e lhe fornecer soluções que se apresentem materialmente adequadas.

A lógica formal destes sistemas é apenas parte do raciocínio que não se condiciona integralmente por ela, mas antes, desde os seus pressupostos essenciais, também é condicionado por considerações materiais, tendo em vista que o sistema jurídico há-de interpretar e compreender a conduta humana no seu devir social.

Muitos Autores têm, de facto, criticado a teoria de KELSEN, no sentido de partir esta de um pressuposto erróneo, que é a cisão absoluta dos planos do *ser* e do *dever-ser* e que, fracassado o intento de purificar o objeto, a ciência jurídica deve, pois, atuar no desenvolvimento de uma racionalidade prática, escapando da tentação relativista que lhe impõe o positivismo, enquanto procura de critérios e mecanismos razoáveis de decisão.

Uma consequência paradoxal do relativismo na *teoria pura* é a equiparação da decisão do juiz – autorizado pela normatividade a proferir, nos casos concretos, uma norma individual (sentença) – à decisão do legislador, que também autorizado pela normatividade, cria regras gerais.

Ambos, para KELSEN, participam da dinâmica do Direito, existindo entre eles apenas uma diferença de grau; o Autor foi, porém, forçado a reconhecer que não é possível para a ciência jurídica estabelecer qualquer tipo de juízo preventivo acerca das decisões judiciais, pois quer o juiz quer o legislador criam Direito novo, condicionados apenas formalmente por uma moldura normativa.

Diante da riqueza dos casos concretos, as posturas positivistas e formalistas mostram-se insuficientes. Expõem as suas limitações diante das necessidades de efetiva realização do Direito nas situações mais críticas, quais sejam: a proibição do *non liquet* (o juiz é obrigado a decidir) diante das lacunas do ordenamento; a ocorrência cada vez mais frequente de conceitos indeterminados, ou normas em branco (urgência, relevância, ordem pública, relevante valor social ou moral, etc.), as colisões de princípios fundamentais (privacidade e direito à informação)<sup>63</sup>.

O jus positivismo detém-se perante a questão complexa, mas inevitável das normas injustas, na medida em que «*Obrigado, pela proibição do non liquet a decidir, o julgador encontrará sempre uma qualquer solução, mesmo havendo lacuna, conceito indeterminado, contradição de princípios, ou injustiça grave. Munido, porém, de instrumentação meramente formal ou positiva, o julgador terá de procurar, noutras latitudes, as bases da decisão. A experiência, a sensibilidade, certos elementos extra positivos e, no limite, o arbítrio do subjetivo, serão utilizados. Dos múltiplos inconvenientes daqui emergentes, dois sobressaem: por um lado, a fundamentação que se apresente será aparente: as verdadeiras razões da decisão, estranhas aos níveis jus*

<sup>62</sup> Apud LARENZ, *op. cit.*, pp. 106 a 109.

<sup>63</sup> Pp. XX-XXII, *Introdução*, in CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*.

*positivos da linguagem, não transparecem na decisão, inviabilizando o seu controlo; por outro, o verdadeiro e último processo de realização do Direito escapa à Ciência dos juristas: a decisão concreta é fruto, afinal, não da Ciência do Direito, mas de fatores desconhecidos para ela, comprometendo, com gravidade, a previsibilidade, a seriedade e a própria justiça de decisão.»<sup>64</sup>.*

## A Conceção de LARENZ: a Interpretação Teleológica

LARENZ consolidou, com a publicação, em 1960, da sua obra *Metodologia da Ciência do Direito*<sup>65</sup>, a corrente crítica do positivismo jurídico, da sua defesa da subsunção do facto à norma de forma mecânica e literal, e veio propor a interpretação teleológica como forma de se assegurar a sistematicidade do pensamento jurídico.

Segundo o Autor<sup>66</sup>, as normas jurídicas não estão desligadas umas das outras; pelo contrário, têm umas com as outras uma conexão múltipla, pelo que toda a interpretação de uma norma tem de tomar em consideração a cadeia de significado, o contexto e a sede sistemática da norma, a sua função no contexto da regulamentação em causa.

Além disso, o ordenamento jurídico no seu conjunto está subordinado a determinadas *ideias diretivas, princípios ou pautas gerais de valoração*, cuja função é justificar, subordinando-as à ideia de Direito, as decisões de valor que subjazem às normas, unificá-las e, deste modo, excluir, tanto quanto possível, as contradições de valoração.

Estas *ideias diretivas, princípios ou pautas gerais de valoração* são de grande préstimo para a interpretação, mas ainda mais, porém, para o desenvolvimento do Direito imanente à lei e do Direito transcendente à lei.

A descoberta das conexões de sentido em que as normas e regulações particulares se encontram entre si e com os princípios diretivos do ordenamento jurídico, e a sua exposição de um modo ordenado, que possibilite a visão de conjunto – quer dizer, na forma de um sistema – é uma das tarefas mais importantes da jurisprudência científica.

Ao realizar esta tarefa, surgem de imediato distintas possibilidades e o sistema de conceitos gerais abstratos é uma delas.

Este sistema, que se denomina de *externo*, defende a necessidade de separar e generalizar, a partir dos factos-tipo que são objeto de uma regulação jurídica, determinados elementos, para, a partir deles, se formarem conceitos de gênero, ordenados de modo a que, acrescentando ou subtraindo notas específicas particulares, se possam alcançar diversos graus de abstração.

Os conceitos inferiores respetivos, que são os de menor grau de abstração, ao serem subsumidos aos conceitos superiores correspondentes, permitem,

<sup>64</sup> *Idem.*, *Ibidem*, pp. XXIII/XXIV.

<sup>65</sup> No original, em alemão, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*.

<sup>66</sup> *Op. cit.*, pp. 621 a 623.

finalmente, reconduzir a massa do material jurídico a alguns poucos conceitos supremos.

O que garante em ampla medida não só a clareza, mas também a segurança jurídica, na medida em que, nos quadros de um tal sistema, se ele fosse completo, poder-se-ia dar a toda a questão jurídica uma resposta, por via de uma operação lógica de pensamento<sup>67</sup>.

Segundo LARENZ<sup>68</sup>, indicam-se os conceitos abstratos como elementos básicos do sistema externo.

Chamam-se *abstratos* porque são formados de notas distintivas que são desligadas, abstraídas dos objetos em que aparecem e, na sua generalização, são isoladas, separadas, tanto umas das outras como em relação aos objetos a que sempre estão ligadas de modo determinado.

A seleção das notas distintivas, que hão-de ser recolhidas quando da formação de um conceito abstrato na sua definição, é essencialmente codeterminada pelo fim que a ciência em causa persegue com a formação do conceito.

Daí resulta que o conceito jurídico que designa uma determinada classe de objetos nem sempre se identifica plenamente com o conceito correspondente de outra ciência, ou nem sequer com o que o uso linguístico corrente por ele entende. O mesmo vale para a formação de conceitos subordinados.

Deste modo, torna-se claro o fim e a grande utilidade de uma tal formação de conceitos. A lei tem como missão classificar, de modo claro, uma enorme quantidade de fenômenos da vida, muito diferentes entre si e altamente complexos, caracterizá-los mediante notas distintivas facilmente identificáveis e ordená-los de modo a que, sempre que sejam idênticos, se lhes possam ligar idênticas consequências jurídicas.

Para levar a cabo esta missão, o caminho mais curto parece ser formar, a partir de conceitos abstratos, previsões às quais possam ser subsumidos sem esforço todos os fenômenos da vida que apresentam as notas distintivas do conceito e, consequentemente, as consequências jurídicas e conteúdos de regulação a elas associados.

Com a perfeição do sistema externo preencher-se-ia o ideal da possibilidade de subsunção de todos os casos jurídicos em presença aos conceitos do sistema, e com isso a uma regra dada na lei.

Não há dúvida, porém, de que este ideal é inatingível. Nem o sistema foi em qualquer época perfeito nem fechado em si, de modo a que todas as relações jurídicas e previsões juridicamente significativas tivessem achado nele o seu lugar perfeitamente determinável.

O que o jurista frequentemente designa, de modo logicamente inadequado, como subsunção, revela-se em grande parte como apreciação com base em experiências sociais ou numa pauta valorativa carecida de

<sup>67</sup> MONTEIRO, *op. cit.*, p. 22.

<sup>68</sup> *Op. cit.*, pp. 623 a 626.

preenchimento, como coordenação a um tipo ou como interpretação da conduta humana, particularmente do sentido juridicamente determinante das declarações de vontade.

É impossível repartir a multiplicidade dos processos da vida significativos sob pontos de vista de valoração jurídicos num sistema tão minuciosamente pensado de compartimentos estanques e imutáveis, para que bastasse destacá-los para encontrá-los um a um em cada um desses compartimentos.

Isto é impossível, por um lado, porque os fenômenos da vida não apresentam fronteiras tão rígidas como as exige o sistema conceitual, mas formas de transição, formas mistas e variantes numa feição sempre nova, porque a vida produz constantemente novas configurações, que não estão previstas num sistema acabado e, finalmente, porque a linguagem do legislador só raramente alcança o grau de precisão exigível para uma definição conceptual<sup>69</sup>.

Não pode, portanto, causar espanto que o ideal de um sistema abstrato, fechado em si e isento de lacunas, construído com base em conceitos abstratos, nem mesmo no apogeu da jurisprudência dos conceitos tenha sido plenamente realizado<sup>70</sup>.

Para LARENZ<sup>71</sup>, a missão do sistema científico é tornar visível e mostrar a conexão de sentido inerente ao ordenamento jurídico como um todo coerente.

Para isso serve a descoberta dos princípios diretivos e a sua concretização nos conteúdos regulativos, a formação de conceitos determinados pela função e de tipos jurídico-estruturais.

Para esse efeito, pressupõe-se sempre que as regras do Direito e os diferentes complexos de regulação estão de facto entre si numa tal conexão de sentido, quer dizer, que são algo mais do que uma aglomeração de normas particulares baseada na arbitrariedade do legislador ou noutros fatores mais ou menos causais.

Que esta pressuposição é verdadeira, que a um dado ordenamento jurídico – abstraindo do seu condicionamento histórico e de algumas casualidades particulares – é inerente um sentido racional, não pode decerto provar-se em sentido exato, mas pode esclarecer-se mediante a descoberta dessa conexão de sentido.

Porém, mesmo no que se refere às valorações fundamentais do ordenamento jurídico, nem sempre se podem evitar contradições de valoração, tanto no plano das normas como no das resoluções jurídicas.

O ideal de plena concordância valorativa de todas as normas e resoluções não pode realizar-se já, pelo facto de que as regras legais surgiram em diferentes graus de evolução histórica e uma valoração distinta num sector parcelar do ordenamento jurídico não pode ter de imediato repercussão noutro sector parcelar.

<sup>69</sup> MONTEIRO, *op. cit.*, p. 23.

<sup>70</sup> *Idem*, pp. 644 a 650; 692.

<sup>71</sup> *Idem, ibidem*.



Enquanto sistema aberto, o sistema é sempre inacabado e inacabável.

É certo que é possível conceber uma ligação entre pensamento tópico e sistema interno, por forma a só considerar como válidos os pontos de vista (*topoi*) jurídicos admissíveis que sejam justificáveis a partir do sistema interno. Mas isto não corresponde ao entendimento geral da tópica.

Nem uma argumentação lógico-formal e conceitual, nem uma argumentação tópica conduzem à descoberta do sistema interno. Para isso é necessária a descoberta e concretização de princípios jurídicos, bem como a formação de tipos e conceitos determinados pela função.

Estas são as formas específicas de pensamento de uma jurisprudência que a si própria se entende simultaneamente como pensamento orientado a valores e pensamento sistemático<sup>72</sup>.

Esta conceção, tal como elaborada por LARENZ, já indica a preocupação sistemática face ao conteúdo próprio da decisão jurídica, demonstrando a necessidade das conexões materiais internas do Direito, enquanto ciência, na forma específica do sistema.

Contudo, tal visão ainda propugna um sistema jurídico em certa medida fragmentário, dando a ideia de um *deficit* da formalização do mesmo em face do seu objeto. O que, aliás, pode ser consequência das influências metodológicas que o Autor sofreu, principalmente da jurisprudência valorativa que não se preocupa tanto com o sistema, apenas com a decisão justa do caso concreto.

NABAIS explica que a aplicação do método proposto por LARENZ ao Direito fiscal pode conduzir a uma – desejável – maior sistematicidade e assim contribuir para evitar o arbítrio, envolve apenas a utilização dos princípios interpretativos que tendem a tornar-se prevaletentes no conjunto do ordenamento jurídico e implica atenção quanto ao substrato económico dos negócios<sup>73</sup>, mas está limitada pela necessidade de não lhes atribuir um significado *puramente* económico como propõe a perspetiva económica da interpretação<sup>74</sup>.

Todavia, para que essa decisão possa ser considerada como justa no ordenamento jurídico é necessário o seu cotejo com esse ordenamento encarado como um todo pleno de sentido e regido por ideias fundamentais.

Tal não se dá fora da conceção sistemática e, por isso, o sistema jurídico não pode ser fragmentário, mas total, não no sentido de completo ou fechado, mas no sentido de abarcar todo o conteúdo e a fenomenologia do Direito. Isto dá-se, atualmente, em duas vertentes principais: a conceção de sistema de CANARIS e a teoria do sistema jurídico enquanto sistema autopoietico<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> *Idem*, pp. 696 e 697.

<sup>73</sup> *Direito Fiscal*, pp. 146-147.

<sup>74</sup> *Idem*, *op. cit.*, p. 154.

<sup>75</sup> MONTEIRO, *op. cit.*, p. 26.

## A Conceção de CANARIS

Segundo CANARIS<sup>76</sup>, sobre o conceito de sistema é ainda determinante a definição clássica de KANT, com a sua *dignitas* humana tão universalmente concebida que não reconhecia outros vínculos à liberdade individual para além do *imperativo* categórico<sup>77</sup>.

KANT que caracterizou o sistema como a unidade sob uma ideia, de conhecimentos variados ou, também, como um conjunto de conhecimentos ordenados segundo o princípio *como é que se estabelece o que devemos fazer*<sup>78</sup>.

Para ele, há duas características imanentes à ideia de sistema: ordenação e unidade.

Quanto à ordenação, pretende-se com ela (quando se recorra a uma formulação muito geral, para evitar qualquer restrição precipitada) exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade.

No que toca à unidade, verifica-se que este fator modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns poucos princípios fundamentais.

Segue-se daí sempre dois prismas do sistema: o sistema de conhecimentos ou científico (interno) e o sistema dos objetos do conhecimento ou objetivo, ou real (externo).

Em face disso, deve-se sempre distinguir o sistema de conhecimentos de um objeto (ou científico) e o sistema do objeto do conhecimento (ou da realidade ou objetivo) devendo o primeiro ser o correspondente o mais fiel possível do último, de modo que a elaboração científica de um objeto não desvirtue este, falseando, com isso, a sua finalidade.

A formação jurídica do sistema só será possível quando o seu objeto, isto é, o Direito, aparente tal sistema objetivo.

Para o Autor, a hipótese fundamental de toda a ciência é a de que uma estrutura racional, acessível ao pensamento, domine o mundo material e espiritual.

Em consequência, a metodologia jurídica parte, nos seus postulados, da existência fundamental da unidade do Direito, que pressupõe e entende o seu objeto como um todo em si significativo, de existência assegurada.

Mas isso não basta para que os postulados metodológicos não se tornem inalcançáveis ou meras petições de princípio, como bem descreveram os adeptos da jurisprudência dos interesses<sup>79</sup>.

A ordem interior e a unidade do Direito são bem mais do que pressupostos da natureza científica da jurisprudência (ciência do Direito) e do que postulados da metodologia; elas pertencem, antes, às mais fundamentais exigências ético-jurídicas e radicam, por fim, na própria ideia de Direito.

<sup>76</sup> *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, pp. 9-10 ; 12 e 13, 14 a 23.

<sup>77</sup> CARVALHO, "Para uma Teoria da Relação Jurídica Civil", in *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 37.

<sup>78</sup> *Idem, ibidem*.

<sup>79</sup> *Vide supra* O positivismo e a jurisprudência dos interesses, pp. 64 e ss..

Assim, a exigência de ordem justa resulta diretamente do reconhecido postulado da justiça, de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida da sua diferença.

Tanto o legislador como o juiz estão adstritos a retomar consequentemente os valores encontrados, pensando-os até ao fim, refletindo em todas as consequências singulares e afastando-os apenas quando se justifique, isto é, por razões materiais. Por outras palavras: estão obrigados a proceder com adequação.

A adequação racional é a característica da ordem no sentido do conceito de sistema, e por isso a regra da adequação valorativa, retirada do princípio da igualdade, constitui a primeira indicação decisiva para a aplicação do pensamento sistemático na Ciência do Direito: o sistema como a consequência do Direito, interiormente pressuposta.

Também a unidade tem correspondência no Direito, embora pertença ao domínio seguro das considerações filosóficas. Ela procura garantir a ausência de contradições da ordem jurídica e, também, não representa mais do que a realização da tendência generalizadora da justiça, que exige a superação dos numerosos aspetos possivelmente relevantes no caso concreto, a favor de uns poucos princípios abstratos e gerais.

Através da unidade, garante-se que a ordem do Direito não se disperse numa multiplicidade de valores singulares desconexos, antes deixando reconduzir-se a critérios gerais relativamente pouco numerosos, garantindo-se a efetividade da unidade do conceito de sistema.

O legislador e o juiz estão adstritos aos valores encontrados, logo, a proceder com adequação racional. Esta é a característica da ordem no conceito de sistema e a regra da adequação valorativa, retirada do princípio da igualdade, é a primeira indicação do pensamento sistemático na ciência do Direito.

A ideia do sistema jurídico justifica-se a partir de um dos mais elevados valores do Direito, o princípio da justiça e suas concretizações como a igualdade e a tendência para generalização.

O valor supremo da segurança jurídica aponta na mesma direção. Todos esses postulados podem ser muito mais bem prosseguidos através de um Direito adequadamente ordenado, dominado por poucos e alcançáveis princípios, um Direito ordenado em sistema, do que por uma multiplicidade inabarcável de normas singulares desconexas e em demasiado fácil contradição umas com as outras.

Assim, o pensamento sistemático radica imediatamente na ideia de Direito (como conjunto dos valores jurídicos mais elevados). O papel do conceito de sistema é, no entanto, o de traduzir e realizar a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica<sup>80</sup>.

Segundo HORVATH<sup>81</sup>, não há como vislumbrar se possa encontrar a norma jurídica aplicável a determinada situação, senão mediante a redução de

<sup>80</sup> CANARIS, *op. cit.*, pp. 22, 23.

<sup>81</sup> HORVATH, *O Princípio do Não-Confisco no Direito Tributário*, p. 30.

regras e princípios a sistema, dada a impossibilidade de se aplicar um ou outro isoladamente.

A noção de norma jurídica envolve necessariamente a ideia de sistema, e que somente pode ser obtida tendo-se presente a ideia de Direito como sistema.

Para CANARIS<sup>82</sup>, sendo o ordenamento, de acordo com a regra da justiça, de natureza valorativa, assim também o sistema a ele correspondente só pode ser uma ordenação axiológica ou teleológica.

O que gera o questionamento de uma forma de sistema jurídico além daquele lógico-formal proposto por KELSEN<sup>83</sup>. Ou seja, a possibilidade de exercer racionalmente a jurisprudência, no seu âmbito decisivo, é de natureza valorativa e, por isso, também o sistema jurídico assume essa peculiaridade valorativa ou teleológica.

O sistema, no Direito, é entendido como a captação racional da adequação de conexões de valorações jurídicas. Assim, deve-se apoiar a possibilidade de um sistema axiológico ou teleológico, pelo menos como hipótese.

Deve-se pressupor a existência de uma ciência do Direito e, então, perguntar qual o seu sentido e o que fundamenta a sua pretensão de cientificidade, procurando-se entender as especialidades de seus métodos e apenas no final colocar a questão da natureza científica.

A hipótese de que a adequação do pensamento jurídico-axiológico ou teleológico seja demonstrável de modo racional é a condição da possibilidade de qualquer pensamento jurídico e, em especial, pressuposto de um cumprimento, racionalmente orientado e demonstrável, do princípio da justiça de tratar o igual de modo igual e o diferente, de acordo com a medida da sua diferença.

Quando da adequação dos valores, não se trata da justeza material, apenas da conformidade formal de uma valoração. Não é tarefa do pensamento teleológico encontrar uma qualquer regulação justa *a priori*, apenas, uma vez legislado o valor, pensar todas as suas consequências, transpô-lo para casos comparáveis, solucionar contradições com outros valores já legislados e evitar contradições derivadas do aparecimento de novos valores.

Logo, garantir a adequação formal é uma tarefa do sistema teleológico, em total consonância com a sua justificação a partir do princípio formal da igualdade. Isso, aliás, aponta apenas para uma das facetas gerais do sistema jurídico, a ordenação formal, ou melhor, a construção de sua hierarquia.

No pensamento de CANARIS<sup>84</sup>, deve-se considerar o sistema jurídico como ordem de princípios gerais do Direito. Deve-se recordar a característica principal da ideia de unidade: a recondução da multiplicidade do singular a alguns poucos princípios constitutivos, ou seja, deve-se avançar até aos valores fundamentais mais profundos, portanto, até aos princípios gerais de uma ordem jurídica.

<sup>82</sup> CANARIS, *op. cit.*, pp 66-76.

<sup>83</sup> Sempre in *Teoria Pura do Direito*.

<sup>84</sup> *Op. cit.*, pp. 76 a 80.

Trata-se, assim, de apurar por detrás da lei e da *ratio legis*, a *ratio juris* determinante. Só dessa forma podem os valores singulares libertar-se do seu isolamento aparente, reconduzir-se à procurada conexão orgânica obter aquele grau de generalização sobre o qual a unidade da ordem jurídica se torna perceptível.

O sistema deixa-se, assim, definir como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, na qual o elemento de adequação valorativa se dirige mais à característica de ordem teleológica e o da unidade interna à característica dos princípios gerais.

Tal conceção já demonstra um certo avanço estrutural em relação à tese de LARENZ, indicando que considerações formais e materiais não se excluem mutuamente.

Ao invés, uma teoria não pode ser apenas ideal, da mesma forma que um pensamento material não pode prescindir de uma certa formalização ou organização estrutural.

Esses pressupostos hão-de ser perseguidos e cumpridos no pensamento sistemático da ciência do Direito, enquanto atividade racional e material<sup>85</sup>.

## A Teoria do Sistema Autopoiético

Autopoiése ou *autopoiesis*<sup>86</sup> é um termo cunhado na década de 1970 pelos biólogos e filósofos chilenos VARELA e MATURANA para designar a capacidade dos seres vivos de se auto reproduzirem.

Segundo esta teoria, um ser vivo é um sistema autopoiético, caracterizado como uma rede fechada de produções moleculares (processos), onde as moléculas produzidas geram com suas interações a mesma rede de moléculas que as produziu.

A conservação da autopoiése e da adaptação de um ser vivo ao seu meio são condições sistêmicas para a vida. Portanto um sistema vivo, como sistema autónomo, está em constantes auto produção, autorregulação e interação com o meio, onde este apenas desencadeia no ser vivo mudanças determinadas na sua própria estrutura e não por um agente externo<sup>87</sup>.

<sup>85</sup> *Op. cit.* p. 32.

<sup>86</sup> Do grego *auto*=próprio, *poiesis* = criação.

<sup>87</sup> Cf. LUHMANN, in *Globalization or World Society?: How to Conceive of Modern Society*. «We can conceive of differentiation as the process of reproducing systems within systems, boundaries within boundaries and, for observing systems, frames within frames, and distinctions within the distinguished. (9) This presupposes the stability of boundaries as a result and as a condition of evolution. Protected only by boundaries, and only inside its boundaries, can a system grow in complexity; for only within its boundaries, can a system operate, build up, change, or forget: structures. A 'double closure' or 'double framing' by external and internal boundaries that separate the external environment from the internal environments. Of subsystems is a necessary condition for maintaining stability in spite of an evolution toward an ever increasing improbability of structures and 'evolutionary universals' (Parsons, 1964) such as advanced forms of differentiation. How, then, and this again is our question, can a society survive changes in its forms of double closure, its forms of stability, how can it survive a 'catastrophe' in the sense of Rene Thom or, perhaps better, an evolutionary 'anastrophe' toward forms of differentiation that involve higher complexity, more opportunities, more structural contingencies, shorter time periods (acceleration), and more risks of unpredictable breakdowns?».

De origem biológica, o termo passou a ser usado noutras áreas da ciência. Nas ciências sociais, pela mão de LUHMANN.

Ao aplicar o conceito dos sistemas autopoiéticos ao Direito, o sociólogo Alemão defendeu que o Direito, numa perspectiva autopoiética, se (re) cria com base nos seus próprios elementos<sup>88</sup>.

A autorreferência do Direito permite, segundo LUHMANN, que este mude a sociedade e se altere ao mesmo tempo movendo-se com base num binómio Direito/não-Direito. Uma tal característica permite a construção de um sistema jurídico dinâmico mais adequado à hipercomplexidade da sociedade atual.

Numa primeira fase, o projeto epistemológico do Autor consistia numa proposta anti reducionista e levava em conta o indeterminismo dos fenómenos sociais complexos, em contraposição à tendência nomológica-dedutiva que tendia à adoção de leis universais para se explicar os fenómenos sociais e às filosofias sociais que possuíam uma orientação normativa e uma inspiração humanística<sup>89</sup>.

Num segundo momento de sua pesquisa, LUHMANN inclui um novo paradigma à teoria dos sistemas: a conceção de sistema como sistema autopoiético.

A autopoiése passou, então a ser o eixo central da teoria luhmanniana, que definiu então a sociologia como a teoria das condições de autorreferência dos sistemas sociais<sup>90</sup>, o que trouxe grandes implicações – para QUEIROZ<sup>91</sup>, um *novo modelo de racionalidade*.

230

LUHMANN apresenta uma nova conceção de sociedade e também de indivíduo nessa sociedade, segundo a qual o ponto de partida deixa de ser o de uma ciência humanística, na qual o indivíduo é pensado como um *a priori*.

A sociedade deixa, também ela – consequentemente – de ser pensada como um aglomerado de pessoas ou um território geograficamente delimitado, para, ser concebida como um sistema porque comunica recorrendo a nova comunicação, ou seja, ela autorreproduz a sua operação peculiar que é a comunicação.

A autorreprodução da operação fundamental do sistema social que é circular e recursiva garante a continuidade do sistema sociedade e, por isso, a sua constante recorrência evolutiva.

Essa nova conceção de sociedade remete a novas formulações e significações dos acontecimentos sociais: de onde a importância de transpor para o Direito – já

<sup>88</sup> “Systems that operate at the level of a re-entry of their form into their form are non-trivial machines in the sense of von Foerster (1984). They cannot compute their own states. They use their own output as input. They are ‘autopoietic’ systems, and that means that they are their own product” – LUHMANN, *ibidem*.

<sup>89</sup> ZOLO, Autopoesis, Autoreferenza e Cirularità: un Nuovo Paradigma della Teoria dei sistemi? In FORNI, (org.). Teoria dei Sistemi e Razionalità Sociale, p. 32-33, apud QUEIROZ, O Direito Como Sistema Autopoiético: Contribuições Para a Sociologia Jurídica, p. 78.

<sup>90</sup> *Idem*, p. 39, apud QUEIRÓS, *ibidem*.

<sup>91</sup> *Op. cit.*, p. 79.

que este é também um sistema da sociedade – as indagações e afirmações da teoria dos sistemas sociais de LUHMANN<sup>92</sup>.

Uma das principais contribuições do Autor para a teoria e sociologia do Direito está na colocação deste num lugar diferenciado do acontecer social: o Direito não tem como centro o comportamento humano nem a regulação da convivência humana que garante a sociedade. É antes uma aquisição evolutiva do sistema da sociedade e pode por isso distinguir-se do seu ambiente, formando um sistema operativamente fechado, capaz de produzir os seus próprios elementos constitutivos e de dar conta da sua complexidade<sup>93</sup>.

Desse modo, o social engendra complexidade, que constitui “a totalidade das possibilidades de experiências ou ações, cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido”<sup>94</sup>.

Assegurar expectativas reduz a complexidade, ao mesmo tempo que produz outras possibilidades de sentido.

O Direito, nesse contexto, tem um papel fundamental de normatizar e muitas vezes normalizar expectativas, através do dever-ser e da institucionalização dos modos de normatização. Isso é possível através do que LUHMANN chama de generalizações congruentes, de expectativas.

Daí que o Autor afirme que o Direito é imprescindível enquanto estrutura, na medida em que, sem a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas os homens não podem orientar-se entre si, e essa estrutura tem que ser institucionalizada ao nível da própria sociedade, pois só aqui podem ser criadas aquelas instâncias que domesticam o ambiente para outros sistemas sociais. Ela modifica-se, portanto, com a evolução da complexidade social<sup>95, 96</sup>.

Ao mesmo tempo, ao Direito cabe a tarefa de dirigir e coordenar a interação social, visando a adoção de certas condutas e a produção e determinados efeitos.

O que o Direito faz ao indivíduo, nesta visão, é restituí-lo a si própria. É um “*devemos tornar-nos no que somos*”, pelo que a relação poder-norma deixa de ter consistência<sup>97</sup>.

A norma jurídica serve precisamente para combinar aquelas duas referidas funções, de assegurar expectativas e reinstitucionalizar instituições sociais, institucionalizando condutas e assim buscando a *paz jurídica* que, ao lado da justiça, compõem a *ideia de Direito*<sup>98</sup>.

<sup>92</sup> QUEIROZ, *op. cit.*, p. 80.

<sup>93</sup> Vide MOELLER, *The Radical Luhmann*. O Autor apelida LUHMANN de anti-humanista radical, no sentido de que procurou retirar do centro do sistema social a perspectiva antropomórfica, à semelhança do que já aconteceu nos restantes ramos da ciência.

<sup>94</sup> LUHMANN, *Sociologia do Direito*, p. 12.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 170, *apud* QUEIROZ, *op. cit.*, p. 80.

<sup>96</sup> Vide ainda LUHMANN, *La Differenziazione del Diritto. Contributi alla Sociologia e alla Teoria del Diritto*.

<sup>97</sup> CARVALHO, “Para uma Teoria da Relação Jurídica Civil”, in *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 23.

<sup>98</sup> MACHADO, “Tutela da Confiança e “Venire Contra Factum Proprium””, pp. 346 e 347.

## A Legislação Simbólica

No Brasil, NEVES<sup>99</sup> cunhou a legislação simbólica, com base em LUHMANN e KINDERMANN.

O conhecimento humano, explicou, descrito com base numa teoria do conhecimento, passou por diversos estágios até as modernas concepções da teoria da linguagem. Inicialmente, o homem acreditou que a essência dos objetos postos ao seu conhecimento era acessível de forma que ele pudesse reconhecer a ontologia ou o núnemo dos mesmos.

Uma tal ideia fundamentou toda a metafísica do pensamento grego e diversas outras concepções até meados do século XIX.

Contudo, essa ontologia só ofereceu um conhecimento meramente contemplativo que acreditava na razão humana como instrumento para alcançar a essência das coisas. Assim, constatou-se que nada de fecundo ou útil era possibilitado, apenas um emaranhado de teorias com pretensão universais que não resistiam a um exame empírico mais acurado.

Dessa situação, as especulações metafísicas, emitidas da razão diretamente aos fundamentos últimos, foram abandonadas por um pensamento empírico que buscava analisar indutivamente os fenômenos. A base da percepção e do conhecimento deveria ser sensorial, pela experiência, para, a partir daí, ordená-la gradativamente até a essência dos objetos.

232

Até aqui, constata-se que a teoria do conhecimento continuou à procura de uma ontologia, ou melhor, de uma metafísica, na qual o objeto teria existência independente do sujeito, restando a este apenas declarar o conhecimento acerca daquele.

Com o pensamento positivista, com início no século XIX, houve uma rutura radical com a teoria do conhecimento ontológico. Tal pensamento propugnava o abandono de quaisquer considerações metafísicas em um objeto de estudo, pois não importaria mais descobrir *o quê* os objetos são (conhecimento inacessível ao homem), mas *como* os objetos são ou se apresentam.

Disso resulta o conhecimento epistemológico ou científico, em contraposição ao conhecimento metafísico, e que se dirige à especialização e autonomização dos conhecimentos segundos os diversos objetos existentes. Isso deu condições à operacionalização dos conceitos e estruturação de sistemas explicativos dos objetos, através da experimentação das construções e da obtenção de resultados práticos ao conhecimento humano<sup>100</sup>.

Segundo HEIDEGGER<sup>101</sup>, o desenvolvimento das ciências é, ao mesmo tempo, a sua independência da filosofia e a inauguração de sua autonomia. Este fenômeno faz parte do acabamento da filosofia e o seu desdobramento está hoje em plena marcha, em todas as esferas do ente.

<sup>99</sup> Na obra *A Constitucionalização Simbólica*.

<sup>100</sup> MONTEIRO, *op. cit.*, p. 32.

<sup>101</sup> HEIDEGGER, *Conferências e Escritos Filosóficos*, pp. 269-271.



Parece a pura dissolução da filosofia; é, no entanto, precisamente o seu acabamento. A filosofia transforma-se em ciência empírica do homem, de tudo aquilo que pode tornar-se objeto experimentável de sua técnica, pela qual ela se instala no mundo, trabalhando-o das múltiplas maneiras que oferecem o fazer e o formar. Tudo isto se realiza em toda parte com base e segundo os padrões da exploração científica de cada esfera do ente<sup>102</sup>.

Parecia que o conhecimento humano tinha chegado ao seu estágio final até que, de repente, ele se transformou, tornando-se extremamente mutável e desconstrutível. No século XX, os estudos físicos propostos por HEISENBERG descobriram que a localização dos objetos, especificamente dos elétrons no átomo, era incerta e, por isso, não havia certeza absoluta acerca de onde está alguma coisa ou o estado natural das mesmas, que dependeriam de diversas variáveis instáveis para se chegar a uma conclusão não tão absoluta assim acerca dos fenômenos oriundos dos objetos.

Outra derrota do positivismo veio com a teoria do relativismo de EINSTEIN pela qual as condições de tempo e espaço não seriam imutáveis e, por isso, o universo não funcionaria como um grande mecanismo, mas, ao contrário, como diversos mecanismos e engrenagens variáveis em face de diversos condicionantes implicantes<sup>103</sup>.

Daí se conclui que se tornou inacessível ao homem o conhecimento da plenitude dos fenômenos, os quais ele só apreende muito parcialmente, segundo sua condição e posição face aos mesmos.

A única alternativa seria alterar o próprio objeto do conhecimento. Com isso, concluiu-se que todo o conhecimento humano era o reflexo do próprio sujeito e das suas ideias, não da explicação declarativa dos objetos ou dos seus fenômenos. Logo, terminaria a distinção entre sujeito e objeto, pois os objetos seriam constituídos e não meramente declarados e, conseqüentemente, a única coisa que realizaria a interação do conhecimento humano e, ao mesmo tempo, a representação dos objetos seria a linguagem.

A comunicação ou a linguagem torna-se o instrumento de constituição e interação do conhecimento entre o sujeito e objeto, que agora se aproxima do sujeito, como entre os sujeitos entre si. Assim, as construções linguísticas assumem o conhecimento como convencional e a linguagem é o mundo artificial que o homem constrói historicamente e estabelece culturalmente.

Afirma GADAMER<sup>104</sup> que a linguagem não é somente um dentre muitos dotes atribuídos ao homem que está no mundo, mas serve de base absoluta para que os homens tenham mundo.

Para o homem, o mundo está aí como mundo numa forma como não está para qualquer outro ser vivo que esteja no mundo: através da linguagem.

<sup>102</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>103</sup> Cf. KUHN, *A Estrutura das Revoluções Científicas*.

<sup>104</sup> GADAMER, *Verdade e método: Traços Fundamentais de Uma Hermenêutica Filosófica*, p. 571.

Tudo se resume ao significado (objeto), significante (instrumento de intermediação e representação) e significação (conteúdo representado), todos constituídos pela linguagem. O real objeto da teoria do conhecimento é a rede de significantes ou signos que transmitem as informações e promovem a construção de toda a realidade humana, como o único dado comum entre os diversos sujeitos cognoscentes. Por isso, enquanto fundada na linguagem significativa, a teoria do conhecimento é nada mais do que a teoria da linguagem que perpassa todas as áreas do conhecimento.

Nesse sentido, elucida NEVES<sup>105</sup>, num sentido filosófico muito abrangente, o termo *simbólico* (equivalente a *significante*) é utilizado para indicar todos os mecanismos de intermediação entre sujeito e realidade. A rede simbólica constituiria o meio artificial da relação entre homem e realidade.

A realidade humana é constituída pela linguagem, mas ela não se apresenta de forma unitária ou monista. Aliás, é muito mais conveniente falar de linguagem numa conceção geral, enquanto meta condição do conhecimento, e numa aceção estreita, ou seja, na existência de diversas linguagens, cada qual com seu código de ordenação e autonomia, específica em relação a cada objeto, ou melhor, a cada esfera do próprio ente ou sujeito. Assim, existe a linguagem económica, a linguagem política, a linguagem de cada religião e, no que nos interesse particularmente, a linguagem jurídica.

234

O código que regula toda a linguagem jurídica é o binário lícito/ilícito, que informa todos os elementos intersistemáticos do Direito. Enquanto linguagem especializada, o Direito trabalha com elementos normativos que se relacionam internamente por esse código, mas que mantêm referência externa às demais linguagens, pelo menos como possibilidade de adaptação a conjunturas mutáveis.

Quando o Direito estabelece o conteúdo do seu conjunto e dos seus elementos apenas pela interação interna desses próprios elementos de forma sistemática, o texto jurídico adquire normatividade, com a produção normal da cadeia de positivação do Direito, desde a constituição até o caso concreto, perpassando as diversas normas jurídicas deste processo.

Quando, ao contrário, o código de outras linguagens prevalece sobre o código jurídico dentro do próprio sistema jurídico, este perde sua autonomia e assume uma função preponderantemente simbólica, caracterizada pela falta de normatividade e, por isso, eficácia para resolver os problemas jurídicos, com a assunção de um conteúdo político ou económico latente da legislação, distante do seu conteúdo estritamente jurídico.

Como o elemento normativo fundamental do Direito é a sua Constituição, a principal análise gira em torno da instrumentalidade ou simbolismo da própria Constituição.

NEVES<sup>106</sup> assume um conceito sistémico-teórico de Constituição como acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico, mas principalmente enquanto mecanismo de autonomia operacional do Direito na sociedade moderna.

<sup>105</sup> *Op. cit.*, p. 6.

<sup>106</sup> *Op. cit.* pp. 2-3, 23.

Porém, o Autor reconhece que há uma forte contradição entre Direito e realidade constitucionais nos países subdesenvolvidos.

A questão diz respeito à falta de normatividade jurídica do texto constitucional como fórmula democrática: a partir deste não se desenvolve suficientemente um processo concretizador de construção do Direito Constitucional. Ainda assim, a linguagem constitucional desempenha relevante papel político-simbólico, também com amplas implicações na esfera jurídica.

A *legislação simbólica* aponta para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental<sup>107</sup>.

O que vai distinguir a legislação simbólica é a prevalência do seu significado político-ideológico latente em detrimento do seu sentido normativo-jurídico aparente.

Num sentido mais abrangente, pode dizer-se, segundo o Autor, que uma quantidade considerável de leis desempenha funções sociais latentes em contradição com sua eficácia normativo-jurídica, ou seja, em oposição ao seu sentido jurídico manifesto.

Considerando-se que a atividade legiferante constitui um momento de confluência concentrada entre sistemas político e jurídico, pode-se definir a legislação simbólica como a produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico.

A referência deonto-jurídica de ação e texto à realidade torna-se secundária, passando a ser relevante a referência político-valorativa ou político-ideológica.

KINDERMANN<sup>108</sup> propôs um modelo tríplice para a tipologia da legislação simbólica, segundo a qual o seu conteúdo pode ser de confirmar valores sociais, demonstrar a capacidade de ação do Estado e adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatatórios.

A legislação simbólica destinada primariamente à confirmação de valores sociais tem sido tratada basicamente como meio de diferenciar grupos e os respetivos valores ou interesses.

Constituiria um caso de política simbólica por gestos de diferenciação, os quais apontam para a glorificação ou degradação de um grupo em oposição a outros dentro da sociedade.

Mas a legislação afirmativa de valores sociais pode também implicar gestos de coesão, na medida em que haja uma aparente identificação da sociedade nacional com os valores legislativamente corroborados, como no caso de princípios de autenticidade.

O objetivo da legislação simbólica pode ser também fortalecer a confiança dos cidadãos no respetivo governo ou, de um modo geral, no Estado.

Nesse caso, trata-se de produzir confiança nos sistemas, político e jurídico.

<sup>107</sup> Cf. VILLAS-BÔAS, in *O Problema da Constitucionalização Simbólica*, pp. 4-5.

<sup>108</sup> *Apud* NEVES, *op. cit.*, p. 33.

O legislador, muitas vezes sobre pressão direta do público, elabora diplomas normativos para satisfazer as expectativas dos cidadãos, sem que com isso haja o mínimo de condições de efetivação das respectivas normas, procurando com isso livrar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos.

A essa formulação do problema subjaz uma crença instrumentalista nos efeitos das leis, conforme a qual se atribui à legislação a função de solucionar os problemas da sociedade.

No entanto, as leis não são instrumentos capazes de modificar a realidade de forma direta, pois as variáveis normativo-jurídicas defrontam-se com outras variáveis orientadas por outros códigos e critério sistêmicos.

Pelo contrário, a resolução dos problemas da sociedade depende da interferência de variáveis não normativo-jurídicas.

O emprego abusivo dessa legislação leva à descrença no próprio sistema jurídico, transtorna persistentemente a consciência jurídica.

Tornando-se abertamente reconhecível que a legislação não contribui para a positivação de normas jurídicas, o Direito como sistema garantidor de expectativas normativas e regulador de condutas cai em descrédito; disso resulta que o público se sente enganado, os atores políticos tornam-se cínicos<sup>109</sup>.

A legislação simbólica é caracterizada por ser normativamente inefcaz, significando isso que a relação hipotético-abstrata *se-então* da norma primária e da norma secundária (programa condicional) não se concretiza regularmente<sup>110</sup>.

236

A legislação simbólica também pode servir para adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos dilatórios.

Nesse caso, as divergências entre grupos políticos não são resolvidas por meio do ato legislativo, que, porém, será aprovado consensualmente pelas partes envolvidas, exatamente porque está presente a perspectiva da ineficácia da respectiva lei.

O acordo não se funda no conteúdo do diploma normativo, mas na transferência da solução do conflito para um futuro indeterminado<sup>111</sup>.

## Ponto de Ordem: Justificação da Metodologia adotada e da respectiva Coerência com o Objetivo Proposto

Concluimos, da exposição *supra*, que, atualmente, qualquer forma de pensamento que pretenda ser científica tem que levar em conta a ideia de sistema. Ou seja, a ciência pode até ser construída fora dos ditames meramente lógicos formais, mas não pode prescindir de uma estrutura sistemática.

<sup>109</sup> NEVES, *op. cit.* pp. 34 a 41.

<sup>110</sup> Cf. COSTA, *A Legislação Simbólica como Fator de Envenenamento do Ordenamento Jurídico Brasileiro*.

<sup>111</sup> Vide a crítica de LIMA, no Diário de Araxá, edição de 12.01.2012, disponível em <http://www.diariodearaxa.com.br/Materia/Colunista/Vinicius-Ramalho-Lima/2012/1/A-lei-simbolica-Marca-do-insucesso-e-engodo-social/576.aspx>, acedido em 13.09.2013.

O mesmo acontece com a ciência do Direito.

Como vimos, diversas foram as concepções acerca do sistema jurídico: desde SAVIGNY; passando pelo formalismo da jurisprudência dos conceitos; pelo materialismo da jurisprudência dos interesses; pelo abandono da metafísica por meio do positivismo, que teve o seu apogeu com a *teoria pura* do Direito de Kelsen; até as concepções formal-materiais do sistema jurídico, como as de LARENZ e CANARIS; e, por fim, com o advento da teoria da linguagem e a transformação da teoria do conhecimento que tem, como exemplo a teoria do sistema autopoietico.

Acerca dessas diversas construções, pode-se concluir que cada uma delas foi realizada de acordo o intuito do seu autor, ou seja, a categoria do interesse dirigiu sempre a construção das teorias.

Contudo, o interesse não é a única coisa que importa na ciência, há ainda a necessidade de organização e fundamentação, como pressupostos da racionalidade da argumentação, que não deve ser meramente retórica, antes deve tender à objetividade, mesmo que essa não seja absoluta, apenas em graus.

É a forma que se adequa ao conteúdo. O sistema jurídico possibilita a fundamentação das conclusões jurídicas que são socialmente e historicamente condicionadas, sem esquecer o elemento filosófico próprio das conclusões racionais e que consiste numa medida de formalização.

Portanto, não há ciência do Direito fora do *sistema* jurídico.

Na verdade, o Direito cria e tutela uma rede de expectativas e orientações de ação, criando um discurso que vincula os indivíduos, permitindo, dessa forma, múltiplas opções de ação, formadas de acordo com a experiência humana dentro de determinados quadros, com forte probabilidade de realização efetiva, viabilizando o enquadramento dos conflitos e o controle das decisões e desaconselhando o recurso à força<sup>112</sup>.

É isto o *sistema jurídico*, que, ao mesmo tempo, tem de ser objetivo e respeitar limites impostos por princípios fundamentais de Direito<sup>113</sup>, ao mesmo tempo que deverá ser permeável à aprendizagem e à evolução, enquanto sistema autopoietico na proposição de LUHMANN.

Dito isto, o nosso Código Civil adotou, mercê da forte influência que a doutrina alemã exerceu na portuguesa, designadamente, na obra de ANDRADE e de SERRA, a jurisprudência dos interesses e as noções pandectistas do desenvolvimento do Direito a partir dos princípios gerais do sistema, bem como a técnica da inversão de JHERING, segundo a qual à luz dos princípios, das disposições existentes se podem deduzir novas soluções de Direito<sup>114</sup>.

<sup>112</sup> MACHADO, "A Tutela da Confiança...", pp. 347-349.

<sup>113</sup> *Idem, ibidem.*

<sup>114</sup> CARVALHO, "Para uma Teoria ...", p. 65.

Não sendo cópia fiel do BGB nem rompendo com as tradições civilistas portuguesas, o CC de 1966 não é completamente organicista e anti-humanista. Porém, não consagra, como bem critica CARVALHO, *um humanismo* suficientemente *generoso*<sup>115</sup>.

O *sistema*, de que aqui agora falamos, não é, porém, no nosso entender, apenas um sistema *lógico*. Será um sistema *ético*, presidido por um humanismo concreto, que se prende não só com a tutela da personalidade humana, mas também com a composição dos interesses humanos como acontece no direito da família, onde se desenvolve a afetividade e, no que ao nosso tema releva, no direito das associações, onde se reconhece a sociabilidade do homem, no direito sucessório, no direito das coisas e dos negócios, onde a vontade humana deve fazer lei, onde se potenciam a sua dominialidade e responsabilidade.

Há que recolocar, portanto, o Direito ao serviço da vida e da pessoa, sem o que aquele não tem sentido<sup>116</sup>.

## Referências bibliográficas

ALMEIDA, José Calos de Araújo, Filho. “O Direito Como Sistema Autopoietico.” 2004. *ESTIG - IP BEJA*. 21 de 08 de 2013. <[www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/odireitocomosistemaautopoietico.doc](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/odireitocomosistemaautopoietico.doc)>.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *A integração das Lacunas do Sistema Normativo*. Vol. 489. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1976.

—. “Mecanicismo, Equidade e Cláusulas Gerais no Direito das Obrigações.” *Revista do Instituto de Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* 3 (2014): 4733-4749. 02 de 09 de 2014. <<http://www.idb-fdul.com/>>.

—. *O Direito, Introdução e Teoria Geral*. 6.<sup>a</sup> Reimpressão da edição de Março/2005. Coimbra: Almedina, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoría de la Seguridad Jurídica*. Trad. Laura Criado Sánchez. Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, 2012.

—. *Teoria dos Princípios: da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 8.ed. S. Paulo: Malheiros, 2008.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. “A Ética na Magistratura: Ponderações sobre Normas e Circunstâncias que Interferem na Prestação Jurisdicional.” *Revista do Instituto de Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* 3 (2014): 5429-5476. 02 de 09 de 2014. <<http://www.idb-fdul.com>>.

CAMPOS, Diogo Leite de. “Política com Ética.” *Revista da Ordem dos Advogados* Out./Dez. 2013 de 73: 1225-1240.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad. António Menezes Cordeiro. 3.<sup>a</sup>. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

<sup>115</sup> Cf. *op. cit.*, p. 69: “Num código que não se teme de discutíveis normas programáticas, como a noção de casamento do art. 1577.º, é estranho que um princípio essencial e toda a ordem jurídica moderna (...), o de que todo o homem é juridicamente uma pessoa — não se contenha apertis verbis na lei e pudicamente se devolva ao mero campo do implícito.”

<sup>116</sup> CARVALHO, *op. cit.*, p. 75.

- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trans. Ingo Wolfgang SARLET e Paulo Mota PINTO. Coimbra: Almedina, 2006.
- CARBONNIER, Jean. *Flexible Droit: Pour une Sociologie du Droit sans Rigueur*. 20.<sup>a</sup>. Paris: LGDJ, 2001.
- . *Sociologie Juridique*. Paris: Presses Universitaires de France, 2004.
- CARMO, Sandra Teixeira. “Como Constroem os Juizes a Decisão de Casos Difíceis? R. Posner e o Direito como uma Área Aberta. Algumas Reflexões.” *Revista do Instituto de Direito Brasileiro* 2013: 6573.
- CARVALHO, Orlando de. “Para uma Teoria da Relação Jurídica Civil.” CARVALHO, Orlando de, et al. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2.<sup>a</sup>. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. 11-79.
- CARVALHO, Orlando de. “Teoria Geral do Direito Civil.” CARVALHO, Orlando de, et al. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2.<sup>a</sup>. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. 83-220.
- COHEN, Morris L. e Kent C. OLSON. *Legal Research in a Nutshell*. New Haven: Thompson West, 2003.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português - I Parte Geral, Tomo I*. 3.<sup>a</sup> Reimpressão da 3. ed. de Março/2005 (Aumentada e inteiramente revista). Coimbra: Almedina, 2011.
- COSTA, Alexandre Araújo. “Hermenêutica Jurídica.” s.d. [argos.org.br](http://argos.org.br). 13 de 09 de 2013. <<http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/capitulo-iii-o-positivismo-normativista/2-do-historicismo-ao-conceitualismo-savigny/#topo>>.
- COSTA, Eduardo Carone (Filho). *A Legislação Simbólica como Fator de Envenenamento do Ordenamento Jurídico Brasileiro*. Minas Gerais: Editora Forum, 2011.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Trad. João BAPTISTA MACHADO. 10.<sup>a</sup>/Reimpressão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- FERRAZ, Tercio Sampaio, Junior. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão, Dominação*. 4.<sup>a</sup>. S. Paulo: Atlas, 2003.
- FERRO, Pedro Rosa. *Democracia Liberal - A Política, o Justo e o Bem*. Coimbra: Almedina, 2012.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. 9.<sup>a</sup>. Petrópolis: Universitária São Francisco, 2008.
- GALGANO, Francesco. *Tutto il Rovescio del Diritto*. Bologna: Giuffrè Editore, 2001.
- GOMETZ, Gianmarco. *La Certeza Jurídica como Previsibilidad*. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- GUICHARD, Raul. “A Ideia de um Sistema Móvel, em Especial no Domínio da Responsabilidade Civil.” *DJ* 2000.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961.
- HECK, Philipp von. *Interpretação da Lei e Jurisprudência dos Interesses*. Trad. José OSÓRIO. S. Paulo: Saraiva, 1947.
- HEIDEGGER, Martin. *Conferências e Escritos Filosóficos*. Trad. Ernildo Stein. S. Paulo: Abril Cultural, 1983.
- HOLBORN, Guy. *Butterworths Legal Research Guide*. Londres: Butterworths, 1993.
- HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A Parte Geral do Código Civil Português (Teoria Geral da Relação Jurídica)*. 6.<sup>a</sup> Reimpressão da Edição de 1992. Coimbra: Almedina, 2011.
- JHERING, Rudolf von. “Der Kampfums Recht.” s.d. [www.openlibrary.org](http://ia700401.us.archive.org/19/items/derkampfumsrech00jhergoog/derkampfumsrech00jhergoog.pdf). 13 de 08 de 2013. <<http://ia700401.us.archive.org/19/items/derkampfumsrech00jhergoog/derkampfumsrech00jhergoog.pdf>>.



KAUFMANN, Arthur. “Filosofia do Direito, Teoria do Direito, Dogmática Jurídica.” KAUFMANN, Arthur e W. WASSEMER. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Trans. Marcos KEEL e Manuel SECA DE OLIVEIRA. Tradução da 6. ed. do original alemão, de 1994. Lisboa: Fundação Caloutste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. *General Theory of Law and State*. Trad. Andres WEDBERG. Cambridge: Harcard University Press, 1945.

—. *General Theory of Norms*. Trad. Michael HARTNEY. Londres: Claredon Press, 1991.

—. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. S. Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLOTZ, Hans Christian. “Subjetividade no Idealismo Alemão.” *Revista Inquietude* Maio de 2010: 132-147.

KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. S. Paulo: Perspectiva, 2007.

LAMEGO, José. *O Essencial sobre a Filosofia do Direito do Idealismo Alemão*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

LARENZ, Karl. *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Editorial Civitas, 1985.

—. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 4.<sup>a</sup>. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

LIMA, Vinícius Ramalho. “A Lei Simbólica: Marca do Insucesso e Engodo Social.” 12 de 01 de 2012. *Diário de Araxá*. 13 de 09 de 2013. <<http://www.diariodearaxa.com.br/Materia/Colunista/Vinicius-Ramalho-Lima/2012/1/A-lei-simbolica-Marca-do-insucesso-e-engodo-social/576.aspx>>.

LUHMANN, Niklas. “in Globalization or World Society?: How to Conceive of Modern Society.” s.d. *Generation Online*. 13 de 09 de 2013. <<http://www.generation-online.org/p/fpluhmann2.htm>>.

—. *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto (Trad. para italiano do original Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie)*. Trans. R. DI GIORGI e M. SIBERNAGL. Bolonha: Il Mulino, 1990.

—. *Sociologia do Direito*. Trad. Gustavo BAYER. Rio de Janeiro: Tempo, s.d.

MACHADO, João Baptista. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. 19.<sup>a</sup> Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010.

MENDES, João de Castro. *Introdução do Estudo do Direito*. Reimpressão. Lisboa: Dislivro, 1997.

—. *Teoria Geral do Direito Civil*. Vol. II. Lisboa: AAFDL, 1999.

MOELLER, Hans-Georg. *The Radical Luhmann*. Nova Iorque: Columbia University Press, 2011.

MONTEIRO, Eduardo Cabral de Moraes. “Concepções Teóricas sobre a Ideia de Sistema na Ciência do Direito.” s.d. *Portal de Periódicos UNIFACS*. 13 de 05 de 2013. <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/1189/935>>.

NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal*. 6.<sup>a</sup>. Coimbra: Almedina, 2010.

NEVES, António Castanheira. “Metodologia jurídica: problemas fundamentais.” *Boletim da Faculdade de Direito* (1993).

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 3.<sup>a</sup>. S. Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

PERELMAN, Chäim. “A teoria Pura do Direito e a Argumentação.” s.d. *scarpinellabueno.com.br*. 20 de 08 de 2013. <<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Perelman%202.pdf>>.



- . *Le Problème des Lacunes en Droit: Études*. Bruxelas: Bruylant, 1968.
- POPPER, Karl Raymund. *Lógica das ciências sociais*. Trad. Estevão de Rezende Martins. 3.<sup>a</sup>. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.
- PRUX, Óscar Ivan. “Justiça e Positivismo no Pensamento de Hans Kelsen.” *Revista do Instituto de Direito Brasileiro* 2013, 07 ed.: 7443.
- QUEIRÓS, Marisse da Costa. “O Direito Como Sistema Autopoiético: Contribuições para a Sociologia Jurídica.” 08 de 2002. *UFSC.BR*. 13 de 09 de 2013. <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15292/13895>>.
- QUIVY, Raymond e Luc Van CAMPENHOUDT. *Manual de Investigação em Ciências Sociais*. Trad. Maria Amália Mendes, Maria Carvalho João Minhoto Marques. 5.<sup>a</sup>. Lisboa: Gradiva, 2008.
- REALE, Giovanni. *Introdução a Aristóteles*. Lisboa: Edições 70, 2001.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Metodologia Jurídica*. Buenos Aires: De Palma, 1994.
- SCHIAVON, Giovane Bressan. “A Razão do Direito em Habermas.” *Revista do Instituto de Direito Brasileiro* 2013: 7551.
- VIDEIRA, Marco. “Síntese: Arte e Filosofia no Idealismo Alemão.” *Cadernos de Filosofia Alemã* Jun./Dez. de 2009: 147-151.
- VILLAS-BÔAS, Orlando (Filho). “O Problema da Constitucionalização Simbólica.” s.d. *Universidade Presbiteriana Mackenzie*. 13 de 09 de 2013. <<http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos/orlandovillasboas3.pdf>>.
- VINX, Lars. *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- WHATELY, Patricia Rodriguez. “O Papel dos Princípios diante da Lacuna Legislativa.” s.d. *Série Aperfeiçoamento de Magistrados 11 Curso de Constitucional - Normatividade Jurídica*. 17 de 05 de 2013. <<http://www.emerj.tjrj.jus.br>>.

